



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito

CAROLINA SOUZA CORDEIRO

A EFETIVIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR
E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Brasília/DF
2013

CAROLINA SOUZA CORDEIRO

A EFETIVIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR
E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dissertação apresentada como requisito final à concessão do título de mestre em Direito pelo curso de mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde Santana.

Brasília/DF
2013

Cordeiro, Carolina Souza.

A efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e as Agências Reguladoras / Carolina Souza Cordeiro. -- Brasília: A autora, 2013.
236 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde Santana.

1. Direito do Consumidor. 2. Defesa do Consumidor. 3. Direitos Fundamentais 4. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. 5. Agências Reguladoras. 6. Participação Social. Santana, Héctor Valverde (orientador).

CAROLINA SOUZA CORDEIRO

A EFETIVIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
DEFESA DO CONSUMIDOR PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dissertação apresentada como requisito final à
concessão do título de mestre em Direito pelo
curso de mestrado em Direito e Políticas
Públicas do Centro Universitário de Brasília
(UniCeub).

Orientador: Professor Doutor Héctor Valverde
Santana.

Brasília, 06 de março 2013.

Banca Examinadora:

Aos meus amados pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus pela proteção em todos os momentos.

Agradeço aos meus pais, avós, irmãos, cunhada e amigos pela presença constante, pelo estímulo e apoio incondicional.

Agradeço ao meu orientador pela confiança, pelo exemplo de dedicação e responsabilidade.

Agradeço a todos os professores do mestrado por despertarem em mim a paixão ao conhecimento, pela motivação e, especialmente, por acreditarem e investirem no meu preparo.

Agradeço a todo o corpo de funcionários do UniCeub, principalmente à secretaria do mestrado, pelo bom atendimento e pronto auxílio em qualquer situação.

RESUMO

Esta dissertação tem o intuito de retomar a discussão acerca da importância de uma relação estreita entre as Agências Reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) na realização da defesa administrativa do consumidor. Observa-se que o sistema encontrou alguns problemas para alcançar a efetividade esperada desde a sua criação. Entende-se que uma nova estrutura institucional possa ser capaz de promover esses resultados. Face a importância que se reveste o papel do Estado na garantia dos direitos fundamentais, em especial dos direitos do consumidor, a proposta é que as Agências Reguladoras atuem conjuntamente com os membros do SNDC de modo a garantir que os consumidores dos serviços públicos regulados tenham seus interesses tutelados.

Palavras-chave: 1. Direito do Consumidor. 2. Defesa do Consumidor. 3. Direitos Fundamentais 4. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. 5. Agências Reguladoras. 6. Serviços Públicos.

ABSTRACT

This dissertation aims to resume the discussion on the importance of a close relationship between the independent agencies and the National System of Consumer Protection in carrying out together the administrative defense of the consumer. Notice that the system has not been as successful as expected from its beginning. A new office may be capable of promoting more results. Given the importance that assumes the role of the state in guaranteeing fundamental rights, especially consumer's rights, the proposal is that independent agencies act more frequently in favor of the consumers and along with the members of that system to ensure that customers of regulated public services have their interests protected.

Key words: 1. Consumer Law. 2. Consumer protection. 3. Constitutional rights 4. National System of Consumer Protection. 5. Independent Agencies.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das disposições constitucionais transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANA – Agência Nacional de Águas

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANDCC – Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transporte Aquático

ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. – artigo

BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MP – Ministério Público

n. – número

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

PNRC – Política Nacional das Relações de Consumo

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SAC – Serviços de Atendimento ao Consumidor

SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Senacon – Secretaria Nacional do Consumidor

SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
RESUMO	11
ABSTRACT.....	13
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	15
SUMÁRIO	17
INTRODUÇÃO	19
PARTE I – A DEFESA DO CONSUMIDOR E A EFETIVIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	26
CAPÍTULO 1 – ESTABELECIMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	27
1.1. A Defesa do Consumidor no mundo	27
1.1.1. Justificativas filosóficas	32
1.1.2. Proteção e Defesa do Consumidor.....	36
1.2. Defesa do Consumidor no Brasil	38
1.2.1. A dúplice previsão constitucional do direito do consumidor	41
1.2.1.1. Artigo 5º, XXXII, CF.....	44
1.2.1.1.1. Direitos Fundamentais Prestacionais e sua Eficácia	45
1.2.1.1.2. O direito fundamental à defesa do consumidor	51
1.2.1.2. Artigo 170, V, CF.....	53
1.2.1.2.1. Defesa do Consumidor e Economia.....	55
1.2.1.2.2. Defesa do Consumidor e a livre da Concorrência	58
1.2.2. Serviços Públicos.....	60
1.2.2.1. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais	64
1.2.2.2. Serviço público como objeto das relações de consumo	69
CAPÍTULO 2 – TUTELA ADMINISTRATIVA E O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR	79
2.1. Código de Defesa do Consumidor e a Tutela Administrativa do Consumidor.....	79
2.1.1. A Lei de Proteção e Defesa do Consumidor	80
2.1.2. Tutela Administrativa do Consumidor	89
2.1.2.1. A PNRC: Princípios e Instrumentos	90
2.1.2.2. Princípio da Vulnerabilidade e Princípio da Boa-fé Objetiva	98
2.2. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.....	105
2.2.1. Aspectos históricos e a estrutura sistêmica do SNDC	106
2.2.1.1. Conceito de Sistema	109
2.2.1.2. O Sistema do SNDC	112
2.2.2. Aspectos Normativos e Organizacionais do SNDC.....	114
2.2.2.1. Composição do SNDC.....	117
2.2.2.2. A efetividade do SNDC.....	124
PARTE II – COMO AS AGÊNCIAS REGULADORAS PODEM CONTRIBUIR NA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	130
CAPÍTULO 1 – AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DO CONSUMIDOR.....	131
1.1. As Agências Reguladoras	132
1.1.1. Contextualização no Brasil.....	134
1.1.2.1. Caracterização	142
1.1.2.2. Funções	146
1.1.2.1.1. Fiscalização da prestação dos serviços públicos.....	147
1.1.2.1.2. Regulação por meio do poder normativo	148
1.1.2. Regulação como instrumento de intervenção	150
1.2. Agências Reguladoras e a Defesa do Consumidor	154
1.2.1. Agências Reguladoras e os Direitos Fundamentais	156

1.2.2. Quem é o consumidor para as Agências Reguladoras.....	165
CAPÍTULO 2 – ARTICULAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SNDC.....	178
2.1. As Agências Reguladoras e o SNDC	180
2.1.1. Diálogo das Fontes.....	184
2.1.2. Conflitos de Competência.....	187
2.2. Otimização da relação entre as Agências Reguladoras e o SNDC.....	197
2.2.1. Melhorias implantadas e a serem implementadas.....	199
2.2.2. A participação social.....	209
CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS.....	218
ANEXO A.....	229
ANEXO B.....	231
ANEXO C	233
ANEXO D	235
ANEXO E.....	238
ANEXO F	239

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem o intuito de discutir a importância de uma relação estreita entre as Agências Reguladoras e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC. A institucionalização da defesa do consumidor é meta desde a criação do Código de Defesa do Consumidor – CDC. É, entretanto, patente a sua insuficiência e pouca efetividade, especialmente face aos dados que serão apresentados. O que se pretende é conciliar elementos já existentes de defesa do consumidor, buscando suas facetas e aspectos mais bem sucedidos, especialmente no que se refere às previsões constitucionais e legais, ao poder das Agências Reguladoras no mercado de consumo. A ideia é buscar o fortalecimento da defesa do consumidor no Brasil, a partir das Agências Reguladoras, sem ignorar suas funções e limitações legais e constitucionais – valendo-se delas, inclusive. Para isso, não é necessário que as Agências Reguladoras façam parte do SNDC nem que se submetam à coordenação da Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon –, mas é imprescindível que atuem conjuntamente com os órgãos que o compõem.

Toma-se como ponto de partida a existência de uma certa desarticulação entre os membros do sistema e os outros órgãos que atuam na defesa do consumidor, somada à incompreensão dos limites do SNDC, o que leva à perda de sua força e relativa inefetividade na atuação devido à falta de ação conjunta. A hipótese que se levanta é que se as Agências Reguladoras dialogarem e interagirem com os órgãos do SNDC, seja como parte ou não desse sistema, os problemas de efetividade e ausência de atuação conjunta e sistêmica, especialmente no campo dos serviços regulados, podem ser solucionados ou, pelo menos, minimizados.

Face a importância em que se reveste o papel do Estado na garantia dos direitos fundamentais, ênfase nos direitos do consumidor, e a análise da possibilidade da atuação das Agências Reguladoras nesse prisma, a proposta desta pesquisa tem valor significativo para o Direito e para os consumidores. A discussão aqui levantada já foi objeto de estudo de outras

dissertações, mas ainda gera discordâncias. Revisitar a participação das Agências Reguladoras nesse modelo tem o intuito de promover uma nova visão sobre o tema, desvinculada de padrões estanques. Ademais, o reconhecimento dos avanços já conseguidos e das dificuldades que ainda existem motivam a busca por novas soluções. Há que se destacar, também, as mudanças estruturais do SNDC e acontecimentos recentes, exemplos da atuação das Agências Reguladoras na defesa do consumidor, como novas perspectivas ao tema.

A proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro se dá, principalmente, em dois níveis: tutela judicial e tutela administrativa. Ciente da importância da tutela judicial, cabe informar não ser este o objeto desta pesquisa. A tutela administrativa é central para o que se propõe. Os estudos aqui desenvolvidos envolvem a tutela administrativa dos direitos do consumidor em nível federal. Dentro da tutela administrativa, há que se analisar toda sua legislação, estrutura organizacional, efetividade e seu funcionamento. Para melhor entender o SNDC, é necessário também ter o cuidado de observar o papel do Estado, tanto na tutela do consumidor quanto o que ele efetivamente concretizou nos anos de existência legal desse sistema.

Por meio das Agências Reguladoras, o Estado tem atuado frequentemente interferindo na movimentação do mercado. A grande questão que cerca esse tema é a discussão de quais interesses devem priorizar esses entes reguladores. O que se nota é que não há preponderância da defesa do consumidor. A influência política dos fornecedores e do próprio Estado dentro das Agências Reguladoras promove mais privilégios a estes do que ao consumidor, que nem sempre tem voz ativa nesses entes reguladores.

Diferentes áreas do Direito serão estudadas a fim de que sejam encontradas as respostas às perguntas da problematização. *A priori*, no que se refere ao Direito do Consumidor e temas correlatos, o principal marco teórico desta dissertação será Claudia Lima Marques, autora que é referência nos estudos consumeristas na doutrina brasileira. Quanto às Agências Reguladoras, as obras norteadoras serão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luís Roberto Barroso.

A problemática que norteia todo o texto aborda o papel que o Estado desempenhou nesses 23 anos de vigência do CDC e a correspondência (ou não) das expectativas iniciais. Trata também do SNDC quando se questiona se ele teve a efetividade necessária para garantir os direitos do consumidor, se encaixa no modelo de sistema e se foram adotadas medidas ou políticas para promoção do direito fundamental de defesa ao consumidor e para o

fortalecimento do SNDC. Nesse contexto, questiona-se: se as Agências Reguladoras podem auxiliar na mudança do cenário; se sua instituição no Brasil tem alguma relação com a defesa do consumidor; se como parte da Administração Indireta, elas podem se furtar ao cumprimento ou à prestação de direitos fundamentais; e qual foi a relação, até o momento, entre as Agências Reguladoras e a defesa do consumidor. Ainda no que se refere a essa relação, indaga-se quem é o consumidor para as Agências Reguladoras, quais os possíveis “efeitos colaterais” derivados da articulação entre Agências Reguladoras e o SNDC, quais mudanças foram feitas e quais podem ser feitas de modo a propiciar uma boa relação entre as Agências Reguladoras e o SNDC. Por fim, mas não menos importante, pergunta-se qual seria o impacto da atuação sistematizada das Agências Reguladoras em prol da defesa dos consumidores na efetividade do SNDC e qual seria o papel dos próprios consumidores junto às Agências Reguladoras para promover essa atuação.

A utilização dos principais argumentos sobre os quais essa defesa é embasada é feita a partir da leitura da doutrina especializada, em especial a nacional. A doutrina estrangeira também é de grande valia, com destaque à norte-americana. A dissertação é feita, essencialmente com base em uma pesquisa bibliográfica, analisando a realidade sob as lentes do estudo teórico. O meio acadêmico e a pesquisa dissertativa são ambiente e instrumento adequados para se tratar aprofundadamente sobre o assunto de modo a chegar a conclusões e soluções viáveis.

No decorrer do trabalho, a comparação é usada como ferramenta interpretativa. Também a visita a aspectos correlatos do modelo administrativo alienígena, com vistas a perceber de forma mais clara as modificações que poderiam ser implementadas na estrutura pátria, é uma tarefa que auxilia na realização de uma análise crítica do modelo existente e do que se propõe. Nesse âmbito comparativo, a análise histórica tem igualmente seu lugar. Esta análise precisa ser ampla, incluindo a observação de aspectos políticos e sociais, bem como da situação econômica do momento e das consequências práticas das mudanças a serem realizadas.

Em 21 e 22 de maio de 2012, a 72^a Reunião do SNDC foi realizada em Natal – RN. Essa reunião serve de exemplo da atuação do SNDC. Nos dias subsequentes à reunião, também ocorreu na mesma cidade, o XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, organizado pelo Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor). Nessa ocasião, foram proferidas palestras por grandes nomes da doutrina consumerista brasileira e

mundial, que servem de referência para este trabalho. Assim como a palestra proferida por Héctor Valverde Santana em Porto Velho – Rondônia, em 27 de maio de 2011, no III Congresso de Direito do Consumidor do Estado de Rondônia.

Foi possível conseguir muitos dados no sítio do Ministério da Justiça. Com sorte, em janeiro de 2012 foram publicados Boletins do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) do ano de 2011 e 2012 no sítio do ministério. Trata-se de publicação da Senacon – ou do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, no caso do Boletim 2011 – que apresenta a análise de dados relativos aos conflitos de consumo que foram levados aos órgãos do SNDC em um determinado ano.

É sabido que o Direito não tem as características de ciência que pode, descritivamente, ser demonstrada. Trata-se, já que é ciência social aplicada, de saber prático. De modo que não se pode falar em raciocínio descritivo, mas sim em lógica postulatória. Respeitando esse raciocínio, promove-se a discussão de argumentos teóricos para que se chegue a postulações sobre o tema.

A necessidade de um método de pesquisa que fosse academicamente reconhecido, que auxiliasse no desenvolvimento do texto e que fornecesse subsídios de organização estrutural para viabilizar a compreensão de cada um e de todos os argumentos conjuntamente levou à escolha do modelo cartesiano. A estruturação binária e a lógica dialética utilizada serve de norte para toda a organização deste texto viabilizando uma forma mais clara e lógica de apresentação da pesquisa.

O método francês é baseado na teoria desenvolvida por René Descartes. Ao se utilizar da forma cartesiana de pensar como método de pesquisa, há que se valer essencialmente de elementos lógicos. A escolha do método criado por René Descartes também foi resultado da necessidade de fuga da escrita descritiva e, por seguinte, contrária ao que se espera de uma dissertação de mestrado. O método cartesiano faz com que se busque uma pesquisa mais analítica e que propicie escrita igualmente analítica e lógica. As limitações do método cartesiano também são consideradas e, dentro do possível, minimizadas. Trata-se apenas de uma opção metodológica que se mostrou válida e eficaz no que dela era esperado. A sistematização e a estruturação propiciada pelo método tem papel central no desenvolvimento do argumento que norteia todo o trabalho.

Além da metodologia cartesiana, também a estruturação do sistema desenvolvido por Bruno Jobert é de grande valia. Partindo de uma análise baseada em diversas áreas do conhecimento, nota-se a possibilidade de se descrever operações intelectuais tomando como ponto de partida três paradigmas estanques: um plano cognitivo, um plano normativo e um plano operacional. Essa organização traz um modelo de estudo dividido em etapas lógicas e sucessivas que descrevem as fases de formação, implementação e os resultados de propostas ou ideias. Após ter sido realizada extensa observação do plano cognitivo do SNDC, a proposta de trabalhar articuladamente com as Agências Reguladoras tem aspecto normativo e traz, finalmente, uma possível operacionalização a partir de elementos concretos a serem aplicados pelas próprias Agências Reguladoras e também na reestruturação do SNDC.

A pesquisa é apresentada em duas partes. Na primeira, a preocupação central é descrever como se deu nas últimas décadas a tutela administrativa do consumidor no Direito brasileiro por meio do SNDC, notando-se tanto o dever ser quanto o que realmente foi efetivado, seus pontos fortes e fracos. O objetivo é postular acerca da efetividade do SNDC.

O primeiro capítulo gira em torno do surgimento da defesa do consumidor e de seu estabelecimento e desenvolvimento no Brasil e no mundo. Busca-se as bases do direito do consumidor no Brasil, desde a compreensão profunda do seu suporte constitucional, passando pelo entendimento do que vem a ser consumidor até as normas que o regulamentam. Por fim, observa-se que nos serviços públicos também são encontradas relações de consumo.

O segundo capítulo tem foco na tutela administrativa do consumidor. O conhecimento legal, doutrinário e a análise da experiência administrativa são imprescindíveis para o desenvolvimento do argumento. O estudo da tutela administrativa perpassa dois temas de grande importância: a Política Nacional das Relações de Consumo (PNRC), que é descrita minuciosamente em tópico próprio, estudando os princípios basilares do Direito do Consumidor e seus órgãos, e o SNDC.

Após demonstrado o desempenho do sistema, postula-se que as Agências Reguladoras são instituições apropriadas para atuar na defesa do consumidor. Esse é o objetivo da segunda parte do trabalho. A preocupação agora é tratar da possibilidade e das formas que as Agências Reguladoras podem contribuir – ou já contribuem – para essa defesa.

O primeiro capítulo da segunda parte se dedica à análise das Agências Reguladoras. Conhecer detalhes do seu surgimento nos Estados Unidos e o papel que desempenham

naquele país é essencial, pois o modelo norte-americano serviu de referência para a estruturação das Agências Reguladoras brasileiras. Esse é o gancho para abordar a recente história das Agências Reguladoras no Brasil, suas atribuições e o seu papel na regulação dos mercados.

A partir desses pontos, outras questões relevantes são também levantadas como: a importância da regulação como instrumento de intervenção; a atuação das Agências Reguladoras no fortalecimento do mercado, levando em consideração a defesa do consumidor, princípio da ordem econômica; a observação de que uma boa relação das Agências Reguladoras com a prestação dos serviços públicos perpassa igualmente a defesa do usuário e do consumidor.

Em seguida, trabalha-se com a relação entre o SNDC e as Agências Reguladoras. De início, é abordada a discussão acerca de seu pertencimento ou não ao SNDC. Objetiva-se deixar clara a viabilidade da melhoria de relações entre os órgãos já integrantes do SNDC e as Agências Reguladoras de modo a trazer benefícios aos consumidores. A seguir, constata-se que o diálogo das fontes traz respostas para os problemas ora discutidos.

A experiência que já se tem no assunto no Brasil antecipa problemas. Os conflitos de competências entre os órgãos são entraves enfrentados quando uma entidade reguladora atua em defesa do consumidor. Merecem, portanto, detida reflexão a fim de se evitar possíveis efeitos colaterais e de se criar meios de solução para os conflitos.

Essas discussões conduzem a pesquisa a um caminho em busca de soluções e melhorias. Algumas delas já existem e trouxeram ganhos significativos para o movimento consumerista. Nota-se como elementos já atuantes e que representaram o fortalecimento do SNDC nos dias atuais: o SINDEC e as reuniões entre os Procons (órgão de proteção e defesa do consumidor) e demais órgãos e entidades públicas e privadas de todo o Brasil (promovidas pela Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON). Ambos refletindo a preocupação com a integração entre os órgãos, públicos e privados, que se ocupam direta ou indiretamente da defesa do consumidor.

Há que se tratar também, nesta última parte, das possíveis mudanças que podem ser implementadas buscando o aprimoramento dos órgãos e entidades relacionados à defesa do consumidor e em vista da perpetuação da articulação que se propõe nesta dissertação. Algumas mudanças já foram discutidas pela doutrina, como, por exemplo, a criação de uma

Agência Reguladora especificamente voltada para a tutela do consumidor. Outras ainda tramitam no Congresso prevendo a alteração organizacional das Agências Reguladoras e a mudança no processo de edição de atos normativos, contando mais ativamente com representantes dos consumidores. Muitas dessas propostas trariam significativas modificações para o universo consumerista, como a concessão de poder de veto aos representantes dos consumidores, a participação obrigatória em Consultas e Audiências, dentre outras.

Ao final, estabelecida a relativa inefetividade do SNDC, postula-se que, a fim de que se torne um sistema mais completo e efetivo, é necessário incentivar maior diálogo de seus membros com as Agências Reguladoras e também a participação ativa dos consumidores, ou de seus representantes, no processo regulatório de modo a garantir que não se perca de vista o interesse dos consumidores.

PARTE I – A DEFESA DO CONSUMIDOR E A EFETIVIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A referência inicial gira em torno da evolução do Direito do Consumidor, a sua normatização no Brasil e os meios que foram desenvolvidos ao longo dos anos para lhe dar maior efetividade. Analisa-se também a posição do Estado em relação às normas que tutelam o consumidor e a vinculação entre os avanços do campo e a atuação do Estado. Os interesses estatais refletidos em políticas tiveram papel decisivo na estabilização e nas mudanças implementadas ao longo das últimas décadas no âmbito do Direito do Consumidor.

O dever do Estado de tutelar administrativamente o consumidor tem sede legal e constitucional. O CDC se ocupa da atuação estatal em toda sua extensão: primeiramente, ao estabelecer quem são as partes e os objetos da relação de consumo; ao instituir os direitos básicos do consumidor; ao prever a Política Nacional de Defesa do Consumidor e estabelecer seus objetivos, princípios e instrumentos; e, finalmente, ao criar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O SNDC é o braço administrativo de uma estrutura criada para tutelar o consumidor, parte vulnerável das relações de consumo. A criação do SNDC responde a uma exigência constitucionalmente prevista de que o Estado deve atuar em defesa do consumidor. A análise do funcionamento e da efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor requer o estudo do seu objetivo principal: a defesa do consumidor.

CAPÍTULO 1 – ESTABELECIMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A análise do modelo de tutela administrativa do consumidor empregado no Brasil requer a compreensão da história que o antecede. O reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos específicos representou uma grande vitória para a democracia. Antes de se chegar à defesa do consumidor nos moldes que se conhece nos dias de hoje, muitos obstáculos foram superados.

A existência da tutela do consumidor foi precedida por uma história relativamente recente. O reconhecimento do consumidor como sujeito de direito que carece de tutela específica aconteceu só na década de 1960, nos Estados Unidos. Antes disso, movimentos civis isolados exsurgiam juntamente com outros fatores que mais tarde comporiam o palco de criação dos direitos do consumidor. Tudo começou na Revolução Industrial, que propiciou o crescimento das cidades, o fortalecimento do capitalismo e o surgimento da produção e do consumo em massa. Esse é o contexto em que se observa o advento da defesa do consumidor no mundo.

1.1. A DEFESA DO CONSUMIDOR NO MUNDO

As relações de comércio sempre tiveram uma tutela liberal por parte do direito, sendo baseadas num ideal de liberdade que permitia às partes convencionar como bem entendessem e este contrato era reconhecido como fonte de obrigação para ambas. Nessas relações, as partes estavam no mesmo patamar, em pé de igualdade, fundamentados pela livre iniciativa e pela igualdade.¹

¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 124-125.

Na segunda metade do século XX, o crescimento populacional, especialmente nas grandes cidades, e o fortalecimento das indústrias e dos mercados criaram condições para que um maior número de pessoas tivesse acesso a bens e serviços.² As relações de consumo ganham destaque como novo fator de conflito social.³ Conforme explica Paulo Valério Dal Pai Moraes, a relação de trabalho que era individual e personalizada passa a ser massificada e despersonalizada. O homem é substituído pela máquina e os trabalhadores passam a ter menos funções e menor importância para o processo de produção. A mecanização implicou em aumento exponencial de produção, que era concomitante com o crescimento do poder econômico dos indivíduos e o surgimento da sociedade de consumo.⁴

Com o crescimento da sociedade de consumo, em decorrência do fortalecimento do modelo econômico capitalista, começou a ser sentida a fragilidade do comprador frente ao vendedor. O que deu força para que a proteção ao consumidor se transformasse em um “imperativo cogente”, segundo defende José Maria Othon Sidou, foi o rápido fortalecimento do comércio e conseqüentemente da publicidade. Desse cenário emergiria a sociedade de consumo, o dispêndio de dinheiro pelo simples prazer de gastá-lo, sem que exista uma finalidade objetiva. José Maria Othon Sidou afirma ser um erro relacionar a proteção ao consumidor ao surgimento da sociedade de consumo. Segundo alega, sempre houve abusos contra os consumidores, não sendo exclusividade do século XX.⁵

O interesse estatal pela tutela surge quando o próprio consumidor, submetido ao rápido crescimento da economia mundial, começa a se sentir prejudicado e a exigir proteção diferenciada e, ao mesmo tempo, incisiva que lhes garantisse segurança, algo que só as normas poderiam oferecer. Seriam as premissas à proteção do consumidor: “maior, a união dos consumidores, e menor, a capacitação dos seus direitos, por aquela união proporcionada”.⁶

² SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16-21.

³ Conforme observa Marcelo Gomes Sodré, “durante todo o século XIX e parte do século XX os conflitos sociais foram entre trabalhadores e patrões: a luta primeiro foi pelo acesso à terra e depois pelo domínio dos meios de produção. A partir de meados do século XX, foi agregado outro tipo de conflito, resultante do outro vértice da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena e respeito dos produtos e serviços colocados no mercado. É óbvio que o direito básico é o de acesso ao consumo e que o consumidor, diferentemente dos trabalhadores, não forma uma classe social. O conflito é de outra natureza.” SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 124.

⁵ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 4-5.

⁶ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3 e 11-12.

Na análise da relação de consumo, os consumidores notaram que havia uma grande disparidade entre as partes. Disparidade representada, principalmente, pela falta de conhecimento por parte do consumidor em oposição ao fornecedor que dispunha de todas as informações sobre o produto ou serviço comercializado. Ou seja, de um lado, o fornecedor de determinado serviço ou produto, que era aquele que tinha o domínio sobre os modos de produção, utilização e funcionamento dos produtos; de outro, o consumidor com pouco ou nenhum conhecimento nesse sentido. Essa desigualdade favorecia os fornecedores, já que dispunham não só dos produtos, mas também dos meios e da tecnologia.⁷ Se não bastasse tudo isso, o próprio direito protegia essa situação, pois imperava a autonomia da vontade. Assim, a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo se tornou a principal justificativa para a existência de direitos que privilegiassem o consumidor.

Paralelamente, ainda que de forma tímida, surgem algumas mobilizações sociais em defesa do consumidor. Bem antes disso, ainda no século XIX, os Estados Unidos já haviam sediado um movimento em defesa dos consumidores.⁸ O país apresentava ambiente propício para a promoção de uma tutela específica dos consumidores, considerando que há algum tempo já havia sido plantada essa semente em meio à população.

O então candidato a Presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, atento às mudanças e aos anseios da sociedade, escolheu como carro-chefe de sua campanha a promoção dos direitos dos consumidores. Após ganhar as eleições, enviou mensagem ao Congresso americano e discursou à população em defesa da necessidade de se conferir direitos básicos aos consumidores.⁹

Os direitos básicos listados na mensagem de John Fitzgerald Kennedy ao Congresso são o direito à segurança, à informação, à escolha e de petição ou o direito a ser ouvido. Dentre eles, destaca-se o direito de ser ouvido ou de petição com relação ao objeto desta dissertação. O direito de ser ouvido reflete o intuito de assegurar que os interesses do

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27-35. e BENJAMIN, A. H., MARQUES, C.L., BESSA, L.R. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

⁸ O primeiro movimento organizado de consumidores que a doutrina especializada destaca ocorreu nos Estados Unidos quando um grupo de advogados se reuniu contra a comercialização de produtos nocivos à saúde e que colocavam em risco os consumidores, criando em 1891 a *New York Consumers' League*. O problema ainda tendia a aumentar muito devido ao crescimento da sociedade de consumo em massa. Com a organização desse grupo, os participantes incentivavam o boicote aos fornecedores que não cumpriam regras mínimas de respeito ao consumidor, privilegiando aquele que as respeitasse. FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74 e Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/3402181>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

consumidor sejam considerados nas políticas públicas formuladas pelo governo, além de receber tratamento justo e célere nos tribunais administrativos. Essa tutela é essencial na tentativa de participação dos consumidores nas Agências Reguladoras.¹⁰

O discurso do presidente John Fitzgerald Kennedy, em 15 de março de 1962, é visto por muitos como marco inicial do Direito do Consumidor e sinaliza o advento das discussões consumeristas como se conhece atualmente. Essa mensagem presidencial ao Congresso americano também se destacou por ser a primeira manifestação estatal de reconhecimento desses direitos.¹¹ No que se refere ao seu conteúdo, cabe destacar que, além de elencar aqueles direitos que posteriormente seriam conhecidos como básicos, ele também ressalta a importância do consumidor para o mercado e para o crescimento do país. Nas primeiras linhas da mensagem, observa-se o destaque dado ao consumidor como parte de um grupo, sua força e seu caráter geral, especialmente ao conseguir envolver a todos no processo quando afirma fato inafastável: todos são consumidores.¹² Se é para o proveito de todos, essa tutela incumbe ao Estado, tanto promovendo a defesa quanto a proteção do consumidor.¹³

A falta de organização dos próprios consumidores contribuía para o descaso com seus interesses. Nos Estados Unidos, onde se verificou movimentos reivindicando proteção ao consumidor, o desenvolvimento do Direito do Consumidor e da legislação consumerista foi

¹⁰ “These rights include: (1) The right to safety - to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life. (2) The right to be informed - to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice. (3) The right to choose - to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices. (4) The right to be heard - to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.” PUBLIC PAPERS. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Disponível em: <http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html>. Acesso em: 09 ago. 2011. (tradução livre).

¹¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23.

¹² A frase proferida por John Fitzgerald Kennedy, conforme explica Adalberto Pasqualotto, remete à ideia de que “todos os seres humanos são igualmente contingentes nas suas necessidades existenciais, ainda que elas possam variar de indivíduo a indivíduo em graus mais afastados das condições básicas de sobrevivência.” PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 21.

¹³ “To the Congress of the United States: Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.

The Federal Government - by nature the highest spokesman for all the people - has a special obligation to be alert to the consumer's needs and to advance the consumer's interests.” PUBLIC PAPERS. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Disponível em: <http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html>. Acesso em: 09 ago. 2011. (tradução livre).

um pouco mais rápido. O ordenamento jurídico brasileiro, marcado pelo descaso do Estado somado à pouca ou nenhuma movimentação por parte dos consumidores, tardou na instituição desses direitos.

O crescente desenvolvimento do mercado de consumo e o aumento da discussão acerca dos direitos dos consumidores iniciado pelos norte-americanos também repercutiram na Organização das Nações Unidas – ONU. Motivada pela preocupação com a tutela dos consumidores e com a sustentabilidade do mercado de consumo que se encontrava em franco crescimento, a ONU abriu as portas para o diálogo acerca dos direitos dos consumidores. Sua principal finalidade era buscar a integração dos interesses, permitindo legislar sobre o tema em nível internacional na intenção de promover a defesa do consumidor em quase todo o planeta. Em 09 de abril de 1985, foi editada a Resolução 39/248 da ONU, que traçou diretrizes básicas de defesa do consumidor. Esse ato repercutiu em todo mundo e teve êxito no destaque à tutela consumerista e no fomento ao desenvolvimento de novas legislações que tutelavam o consumidor por todo o mundo. A resolução concretizava a preocupação da ONU com o estabelecimento de parâmetros mínimos e/ou direitos básicos que serviriam de direcionamento para o surgimento e fortalecimento do Direito do Consumidor.

Nota-se tanto na mensagem de John Fitzgerald Kennedy ao Congresso americano quanto na Resolução n. 39/248 da ONU que a justificativa dada para a existência de direitos mínimos dos consumidores seria o desequilíbrio de forças entre eles e os fornecedores. Para solucionar esse desequilíbrio, era imprescindível que existissem normas. A carência de tutela legislativa tornava-se insustentável. A vulnerabilidade dos consumidores, a inquestionável superioridade relacional dos fornecedores e a necessidade de estabelecer elementos mínimos de nivelamento ou mesmo instrumentos que dessem proteção à parte mais frágil dessa relação levavam à cobrança de legislação nesse sentido.

Por inexistir legislação protetiva específica, a vulnerabilidade do consumidor aumentava, daí a importância daqueles documentos promoverem, pelo menos, patamares mínimos. Estabelecido o parâmetro, ele serviria de direcionamento na edição de normas de modo a garantir que aqueles direitos considerados básicos fossem difundidos e respeitados. A preocupação com os consumidores que se tornou presente inicialmente na sociedade americana e, posteriormente, em todo o mundo, fez com que emergisse a necessidade de se normatizar esses direitos, de forma que houvesse uma clara mudança na perspectiva social e mercadológica decorrente da existência da legislação protetiva.

As primeiras normas consumeristas tinham como escopo a consolidação de um novo equilíbrio de forças entre as partes da relação de consumo, seja limitando a ação do fornecedor, orientando a atuação do Estado ou buscando diretamente o fortalecimento dos direitos dos consumidores. Credores e devedores passam a ser vistos como consumidores e fornecedores. A mudança no modelo relacional implica também na criação de novas regras para regulamentar a dinâmica entre as partes e no estabelecimento de um novo paradigma privatista.

Havia, todavia, muita resistência à edição dessas leis. Os Estados optavam por privilegiar a autonomia da vontade entre os contratantes, deixando que, pelo menos aparentemente, ambos pactuassem de forma livre, permitindo abusos e desrespeito aos consumidores. Defender que a mão do mercado pudesse ser livre para regular as relações comerciais dentro de suas próprias necessidades, sempre resultava em uma postura que equiparava fornecedores e consumidores considerados partes da mesma relação, a revelia da grande disparidade existente entre eles. Segundo informa Adolfo Mamoru Nishiyama, só em 1978, foi inserida a proteção do consumidor em uma Constituição Federal, o que aconteceu na Espanha.¹⁴

No que se refere à situação atual da proteção do consumidor através do direito internacional em virtude da ausência de uma legislação específica em matéria de instrumentos internacionais, há ainda muito o que se fazer, pois a Resolução 39/248 da ONU completou 25 anos em 2010 e permanece sendo a única norma internacional em vigor de forma universal sobre o tema da proteção dos consumidores.¹⁵

1.1.1. Justificativas filosóficas

¹⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 51.

¹⁵ “En lo que respecta la situación actual de la protección del consumidor a través del derecho internacional en virtud de la ausencia de una legislación específica en la materia en instrumentos internacionales, parece que hay mucho por hacer, pues la Res.A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (*Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de Abril de 1985, actualizada en 1999*), cumplió 25 años en 2010 y permanece como el único texto internacional en vigor de forma universal sobre el tema de la protección de los consumidores.” MARQUES, Claudia Lima; DELALOYE, María Laura. La regulación de los contratos internacionales de consumo en América. In: *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 21, v. 84, p. 227-245, out./dez. 2012, p. 233. (tradução livre)

A proteção ao consumidor é questão social, que gera interesse não apenas jurídico, mas também econômico, administrativo e sociológico, como afirma José Maria Othon Sidou. Essa proteção se manifesta de diferentes maneiras. Na verdade, toda preocupação do Estado e da legislação que venha a tutelar uma das partes da relação de consumo ou o seu objeto pode ser considerada forma de proteção ao consumidor.¹⁶

A justificativa filosófica para esse novo equilíbrio envolveria a evolução de ideias inicialmente propostas na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e sua adequação para um novo modelo de sociedade voltado para o consumo em massa. Esses elementos servem de referência filosófica com base nos dogmas do direito privado, tais como autonomia da vontade, o contrato, os poderes do crédito e o *pacta sunt servanda*.¹⁷

Claudia Lima Marques explica que algumas dessas mudanças no direito privado envolveram o desenvolvimento principiológico do Direito do Consumidor. Os consumidores – sujeitos mais fracos e, portanto, em posição de desigualdade – seriam tutelados por normas especialmente voltadas para sua defesa e proteção. Aos fornecedores – considerados mais fortes e que não careciam de tutela especial – seriam impostos deveres em face dos consumidores e não seriam protegidos como partes iguais dentro da relação de consumo.¹⁸

A autora ainda observa os aspectos fundamentais e constitucionais da proteção do consumidor no Direito brasileiro. Destaca como exemplo de *leading case* acerca da “força normativa” da Constituição Federal – conforme qualifica Konrad Hesse¹⁹ – a ADIn 2591. Essa decisão, explica Claudia Lima Marques, trata de situação em que há vinculação do Estado e dos aplicadores do Direito, já que o direito privado teria seu fundamento nas garantias constitucionais. O direito privado dos dias de hoje tem função social, não sendo mais exclusivamente direcionado para o atendimento da vontade dos indivíduos, mas sim pela ordem estabelecida pela Constituição Federal.²⁰

¹⁶ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.1.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 37-41.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 36-37.

¹⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988,

A evolução para um direito privado que tutele o interesse do consumidor vem a superar a ideia de igualdade formal – conforme estabelecida pela lei, ou seja, em que todos são sempre iguais em qualquer situação – para se pautar em uma igualdade que leva em consideração as idiossincrasias de cada um (igualdade material) – tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade.²¹ Essa igualdade necessitava da movimentação dos mecanismos estatais para ser instaurada e a lei consumerista seria o instrumento a ser utilizado. A nova perspectiva envolvia a limitação da atuação dos credores – agora fornecedores – a fim de garantir direitos aos consumidores e promover o equilíbrio nessa relação.²²

Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini observam também a constitucionalização do direito privado como uma derivação das mudanças de aplicação da ordem constitucional nos últimos tempos. Nesse contexto defendem ser possível falar também da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares tendo como principal justificativa o princípio da dignidade da pessoa humana.²³ Para André Luiz Lopes dos Santos, no contexto de mercado de massa e sociedade de consumo, a defesa do consumidor ganha destaque como meio de exercício da cidadania.²⁴ Adalberto Pasqualotto ressalta seu papel como garantia decorrente da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵

Há que se destacar a íntima relação entre o tema do consumidor, o princípio da dignidade da pessoa humana e a cidadania. Quando se propõe uma política regulatória que promove a criação de todo um sistema de tutela do consumidor, é preciso ter em mente que não se trata de um grupo minoritário, mas sim da representação de todos os cidadãos, sujeitos

e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008, p. 332-334.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 31-32.

²² MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 37.

²³ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. *Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-197.

²⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 133-134 e AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101-105.

²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dcfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2.

ativos da sociedade de consumo, e que são, ao mesmo tempo, titulares de direitos que assegurem a dignidade da pessoa humana e os direitos dos cidadãos.

A tendência de constitucionalização no Direito moderno visa garantir a aplicação dos Direitos Fundamentais pelos mais diversos meios, inclusive os estatais, destaca Sabino Cassese (nesse caso, o autor se referia especificamente ao Direito Administrativo).²⁶ Erik Jayme também observa a mesma escolha feita pela sociedade moderna quando se opta pela proteção da pessoa humana nas mais diversas esferas, inclusive nas privadas. Nesse sentido destaca que a opção pela autonomia de vontade das partes revela a mesma proteção, sendo forma de garantir o respeito a direitos básicos e considerados fundamentais pela Constituição Federal.²⁷

Outra justificativa é a defesa da vulnerabilidade como preceito constitucional. Esta afirmação é defendida por alguns doutrinadores. Não há como negar que a Constituição Federal tenha interesse em tutelar o vulnerável, do contrário, não haveria a previsão expressa da defesa do consumidor. Não é costume, entretanto, entender que a própria vulnerabilidade tenha raiz constitucional, não meramente legal. Trata-se de tema que requer análise específica, em especial em sede de Direito Constitucional, tomando como referência, as justificativas filosóficas do Direito do Consumidor.²⁸

Claudia Lima Marques e Erik Jayme notam que a “atual função social do direito privado” seria a proteção do indivíduo em vista de uma “sociedade massificada, globalizada e de serviços” que reconhece a vulnerabilidade da pessoa consumidora. Para se alcançar essa interpretação, explica a autora, é necessária nova interpretação do direito privado, como visto anteriormente, “valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade, não excluindo as pessoas dos mercados, mas ao contrário, incluindo-as e protegendo-as nestes contextos sociais atuais”. Essa nova perspectiva de interpretação do direito privado reconhece, portanto, a importância do consumidor na

²⁶ CASSESE, Sabino. Tendenze e problem del Diritto Amministrativo. In: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 901-912, p. 902.

²⁷ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS I*, n. 1, p. 85-98, mar. 2003, p. 96.

²⁸ Vide: MIRAGEM, Bruno. Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81 e AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101-105.

sociedade e percebe ser necessária a proteção desse vulnerável no mercado. Ademais, também reconhece como inafastável a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de consumo.²⁹

1.1.2. Proteção e Defesa do Consumidor

O Direito do Consumidor ganhou destaque em todo mundo a partir da segunda metade do século passado. O crescimento das grandes cidades e fortalecimento do mercado favoreceu o consumo em massa. O momento histórico mundial era propício para sua criação, havendo, entre as décadas de 1960 e 1980, um aumento considerável no número de movimentos e de normas criadas em prol dos consumidores em diferentes países. No Brasil, a preocupação com as relações consumeristas começaram a se destacar na década de 1970. Só duas décadas mais tarde, entretanto, foi promulgada a Constituição Federal, que serviu como ponto de partida para o estabelecimento definitivo do Direito do Consumidor no Brasil.

A Constituição Federal previu a defesa do consumidor em três momentos distintos: em seu artigo 5º, inciso XXXII, onde estabelece ser dever do Estado a promoção da defesa do consumidor³⁰; também no artigo 170, inciso V, que eleva a defesa do consumidor a Princípio da ordem econômica³¹; e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que viabiliza a efetivação deste direito fundamental ao prever a elaboração de código especificamente voltado à defesa do consumidor.³² A concretização destas previsões constitucionais se deu com a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008, p. 336. JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 85-98, mar. 2003, p. 96.

³⁰ CF, art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

³¹ CF, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor

³² ADCT, art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Consumidor –, que, por sua vez, dispõe em seu artigo 1º que seu objeto é estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor.³³

O primeiro artigo do Código de Defesa do Consumidor se preocupa não apenas com a defesa do consumidor, conforme estabeleceu a Constituição Federal, mas também com sua proteção, distinguindo duas possibilidades de tutela ao consumidor.³⁴ Segundo o brocardo latino *Verba cum effectu sunt accipienda*, nenhuma palavra prevista na lei existe em vão. Cada uma delas tem pelo menos uma razão para estar ali e ela deve ser considerada. Portanto, há que se investigar a existência de proteção e da defesa do consumidor como questões distintas.³⁵

A palavra defesa, semanticamente, remete a uma ação que visa resguardar algo, em face da existência de riscos iminentes ou presentes. Proteção relaciona-se com prevenção, com a vontade de evitar riscos futuros e com todas as diferentes formas de tutela, inclusive a própria defesa. No âmbito jurídico, a proteção é feita pelo ordenamento jurídico, suas regras e princípios, que preveem os direitos e os meios para sua efetivação. Essa proteção reflete a

³³ Se a referência é o consumidor, convém conhecer um pouco mais seus fundamentos. Uma relação comercial poderá ser tratada como relação de consumo se possuir três elementos: um consumidor, um fornecedor e um produto ou serviço que é o objeto da relação entre as partes. Todos esses conceitos são essenciais na formação da relação, mas o consumidor tem papel central, já que é exatamente a tutela de seus interesses que justifica a existência e a previsão legislativa desses direitos.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado há mais de 20 anos, entretanto, ainda se discute a conceituação de cada um desses elementos da relação jurídica de consumo. Apesar de serem previstos expressamente no CDC, a aplicação e amplitude desses conceitos, além de outros elementos, não são pacificamente definidos pela doutrina. O conhecimento dos conceitos de consumidor, fornecedor, serviço ou produto e a compreensão de como se forma a relação de consumo é imprescindível, pois estes elementos determinam a incidência ou não das normas consumeristas. PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 1. Jan/1992. p. 3.

O CDC define no artigo 2º que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Existem ainda outras três figuras equiparadas ao consumidor previstas no Código: a coletividade, prevista no artigo 2º, parágrafo único, as vítimas de acidentes de consumo, artigo 17, e os expostos às práticas comerciais, artigo 29, todos do CDC.

O fornecedor de determinado serviço ou produto é aquele que detém o domínio sobre os modos de produção, utilização e funcionamento dos produtos. O conceito de fornecedor também está previsto na norma e é bastante amplo para abranger todo e qualquer participante da cadeia de produção de modo a aumentar a proteção do conceito. No conceito de fornecedor é necessário observar a importância da remuneração. Adalberto Pasqualotto afirma que a remuneração é a pedra-de-toque para que se identifique o fornecedor na relação de consumo. Isso porque é o elemento que identifica a profissionalidade do fornecedor na relação. PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 130, jan. 1992.

Ressalte-se também a dificuldade de se definir as hipóteses de incidência do CDC, especialmente em razão das limitações na própria compreensão das relações de consumo. Como decorrência lógica dessa dificuldade - já que um conceito é diretamente relacionado ao outro - também tem sido controverso o estabelecimento do que seja relação de consumo. Encaixam-se diversos exemplos sobre os quais se debruça a doutrina e a jurisprudência, incansavelmente, para discutir se há ou não relação de consumo.

³⁴ CDC, Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 4.v. São Paulo: Saraiva, 1998.

carência de regulação de um determinado fato a fim de criar garantias e direitos. A defesa, por sua vez, está na real aplicação dos meios de tutela de modo a garantir que os direitos sejam respeitados e mantidos. Os procedimentos e instrumentos previstos visando dar efetividade aos direitos subjetivos são exemplos de defesa legalmente instituídos.³⁶

A existência de distinções significativas entre a defesa e a proteção do consumidor não costuma ser objeto de análises da doutrina, muito menos de divergências. Antônio Ricardo Brígido Nunes Memória, entretanto, dá ênfase às duas palavras e suas diferenças por entender ser relevante para o estudo do Direito do Consumidor. A proteção de que carece o consumidor, que é sujeito vulnerável, requer a regulação das relações de consumo de modo a criar normas que promovam sua defesa e propiciem segurança. A previsão constitucional que determina a promoção da defesa do consumidor seria então, na verdade, uma forma de proteção. O artigo 4º do CDC também é exemplo de proteção, pois prevê os princípios que norteiam a tutela consumerista.³⁷ Defesa é, portanto, uma forma de proteção.

A defesa emana da ação do próprio consumidor quando se socorre dos meios processuais, judiciais ou administrativos a ele disponíveis na legislação consumerista para garantir a efetivação de seus direitos. Importante exemplo da defesa promovida pelo Código de Defesa do Consumidor é o artigo 5º, que cria instrumentos para a concretização da política de consumo.³⁸ Conclui-se, com isso, que a utilização intercambial das palavras defesa e proteção é enganosa e não pode ser menosprezada. As previsões normativas e a diferença entre os dois conceitos motiva alguns órgãos que atuam diretamente na tutela consumerista a optar pela nomenclatura Código de Proteção e Defesa do Consumidor para descrever a Lei nº 8.078/90. Em nível acadêmico, a opção pela expressão mais detalhada implicará em melhor compreensão do intuito da lei, entretanto, não é muito utilizado.

1.2. DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

³⁶ MEMÓRIA, Antônio Ricardo Brígido Nunes. Reflexões sobre o binômio proteção/defesa na Lei nº 8.078/90. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 68, p. 28-37, out./dez. 2008, p. 29-31.

³⁷ MEMÓRIA, Antônio Ricardo Brígido Nunes. Reflexões sobre o binômio proteção/defesa na Lei nº 8.078/90. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 68, p. 28-37, out./dez. 2008, p. 30-32 e 35-37.

³⁸ MEMÓRIA, Antônio Ricardo Brígido Nunes. Reflexões sobre o binômio proteção/defesa na Lei nº 8.078/90. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 68, p. 28-37, out./dez. 2008, p. 30-32 e 35-37.

As mesmas fragilidades que motivaram John Fitzgerald Kennedy a publicamente levantar a bandeira dos consumidores, também mobilizaram os operadores do Direito brasileiro. De início, não houve semelhante reação aos problemas enfrentados pelos consumidores, mas começaram a surgir movimentos de apoio e foram criadas leis e órgãos estaduais que atuariam na tutela desses vulneráveis. O estabelecimento definitivo dos direitos do consumidor só aconteceu quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

Ao revés do que ocorria no mundo, o Estado brasileiro ainda não se manifestara acerca dos consumidores. Antes do Brasil, países como México e Venezuela já possuíam leis de defesa do consumidor em vigor.³⁹ Somente em 1988, com ressalva à Lei n. 7.347/85 e ao Decreto n. 91.469 de 24/07/1985, houve previsão legislativa dos direitos do consumidor. Antes da Constituição Federal, as normas que de alguma forma se preocupavam com a tutela do consumidor eram frágeis e obtinham poucos resultados. Também não se conseguia muito por parte do Estado, que não era expressamente impelido a atuar nesse sentido.⁴⁰

José Maria Othon Sidou relata que em 1971, o então Deputado Nina Ribeiro tentou criar o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor por meio do Projeto de Lei n. 70. O projeto foi rejeitado na Câmara. Assim, o consumidor continuou desprotegido por mais algum tempo.⁴¹

³⁹ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 70.

⁴⁰ Marcelo Gomes Sodré rastreou em toda história legislativa brasileira, desde as Ordenações, nas diferentes áreas jurídicas, as leis que de alguma forma defenderam o consumidor (mesmo que à época esse conceito ainda não existisse): “Iremos, por isso mesmo, adotar um critério prático: leis de defesa dos consumidores para fins deste texto são aquelas que se propõem a defender a parte mais fraca das relações de consumo. São estas leis que procuraremos localizar na nossa pesquisa histórica, sem o pressuposto de critérios teóricos predefinidos. Partimos do princípio de que a relação de consumo é uma relação desigual, é uma relação na qual uma das partes é vulnerável. As leis que tiverem como objetivo proteger a parte mais fraca, seja qual for o grau de proteção e de sua eficácia, serão consideradas leis de defesa do consumidor. Não será preciso que elas sejam completas e formem um microssistema organizado. Nesta definição, leis esparsas poderão ser consideradas; aliás, devem ser consideradas, posto que a eventual formação de um sistema organizado dependerá de uma lenta construção feita a partir das diversas leis dispersas. O que nos interessa, no fundo, é verificar em que medida estas leis esparsas vão formando um sistema organizado. Este será um dos critérios, inclusive, para a periodização do direito do consumidor.” SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 87.

Com sua pesquisa, Marcelo Gomes Sodré dividiu a legislação de defesa do consumidor em três estágios: “Legislação Penal (meados da década de 1930 a 1960), Legislação de Direito Administrativo (de 1960 a 1985) e Legislação de direitos difusos (1985 aos nossos dias)”. Observou que em todo o período que antecedeu o primeiro estágio, o que qualificou como “Primórdios da legislação (até 1930)”, não houve qualquer previsão legislativa em defesa do consumidor. O que se deve ao fato de não existir no Brasil, até então, relações de consumo nos moldes que as conhece o Direito do Consumidor, ou seja, relações estruturadas dentro de uma sociedade que consome em massa.

Para mais informações acerca desses estágios, vide SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 84-130.

⁴¹ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 75.

A inação do Estado e da própria sociedade explicava o cenário brasileiro de restrita proteção aos interesses do consumidor. Os consumidores brasileiros careciam de tutela e a lacuna legislativa existente fez com que, por muito tempo, a defesa desses cidadãos fosse negligenciada. Situação ainda agravada pelo fato do país se encontrar em franco desenvolvimento econômico, o que naturalmente implicava em fortalecimento do mercado de consumo e acabava favorecendo os credores, que detinham o controle sobre os produtos e sobre o mercado, sem leis específicas que limitassem sua atuação.⁴²

Excepcionalmente, o Poder Judiciário tutelava alguns direitos do consumidor por meio da interpretação de normas que indiretamente poderiam proteger o consumidor. Nesse cenário, José Maria Othon Sidou afirma que existiam inúmeras regras desse tipo no Brasil, antes da Constituição Federal de 1988.⁴³ Coaduna com essas afirmações o que relata José Reinaldo de Lima Lopes ao descrever que o processo de ampliação do acesso ao Poder Judiciário foi parte fundamental do processo de internalização desses direitos. O estabelecimento da defesa do consumidor no Brasil teve um caráter bem mais jurisdicional do que popular.⁴⁴

A carência de legislação específica para o assunto, tanto em âmbito estadual quanto nacional, fez com que os direitos dos consumidores fossem deixados de lado. Eram raras as políticas governamentais que agiam no sentido de fomentar a defesa do consumidor, menos ainda para atuar diretamente na defesa do consumidor. O governo de São Paulo foi uma exceção ao atuar em defesa do consumidor buscando dados relativos à necessidade da população e encomendando estudo prévio para desenvolver política institucional de proteção ao consumidor. Emergiu desses passos o primeiro Procon.⁴⁵

Praticamente não existiam no Brasil movimentos dos próprios interessados (os consumidores) com repercussões significativas.⁴⁶ Segundo relata José Reinaldo de Lima Lopes, também não havia movimentação da sociedade brasileira em favor desses direitos.⁴⁷

⁴² A seu tempo, será possível observar que essa lógica se inverteu, aumentando a necessidade de tutela dos consumidores, já que o enfraquecimento daquele que detém o poder de compra é fator de enfraquecimento do fornecedor e da economia do país.

⁴³ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 6.

⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁴⁵ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 76.

⁴⁶ Vide SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 130-147.

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

De uma forma ou de outra, ainda era muito cedo para que as associações de consumidores tivessem força o suficiente para conseguir, independentemente do concurso de órgãos públicos, defender seus direitos de forma autônoma. A participação privada em conjunto com uma estrutura pública de defesa do consumidor são as mais importantes bases para o bem sucedido estabelecimento da defesa do consumidor.⁴⁸

A defesa do consumidor demorou a ganhar força no Brasil. Ela passou a ser reconhecida como direito de todos quando inserida no ordenamento objetivo, o que aconteceu somente no final da década de 1980, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 não só foi a primeira norma, mas também a primeira Constituição brasileira a tratar da defesa do consumidor, elevando esse direito ao patamar de direito fundamental e de princípio da ordem econômica. A preocupação em ambos os casos foi com a vinculação do Estado, inculcando-lhe a obrigação de tutelar os direitos dos consumidores. Em decorrência dessas previsões, foi em seguida editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que veio, em resposta à Constituição Federal, estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor.

Antes de analisar detalhadamente os aspectos legais da legislação protetiva, é necessário ponderar acerca de algumas características decorrentes da previsão constitucional da defesa do consumidor.

1.2.1. A dúplice previsão constitucional do direito do consumidor⁴⁹

Os reflexos dos pensamentos de defesa do consumidor espalhados por todo mundo só repercutiram concretamente no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela representou a primeira mudança real no cenário nacional ao trazer em seu bojo a imperatividade da defesa do consumidor. Os dispositivos inseridos na Constituição Federal de

⁴⁸ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 80-81.

⁴⁹ Bruno Miragem utilizou a expressão que serve de título para este tópico ao se referir aos dois dispositivos constitucionais que preveem a defesa do consumidor. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 528.

1988 compuseram a primeira manifestação legislativa do Estado brasileiro em defesa do consumidor.⁵⁰

André Luiz Lopes dos Santos relembra que duas das principais mudanças que afetaram o cenário jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 foram a obrigatoriedade da defesa do consumidor e as mudanças relacionadas com a atuação interventiva do Estado na economia. Estes são temas intrinsecamente relacionados que refletem o interesse do Estado em defender o consumidor.⁵¹

A inserção da defesa do consumidor na Constituição Federal aproximou o tema do conceito de cidadania e do princípio da dignidade da pessoa humana. No que se refere à cidadania, a defesa do consumidor passou a ser vista como forma de exercício cotidiano de direitos que são atribuídos a todo cidadão. Quanto à dignidade, a proteção aos consumidores garantiu-lhes respeito como pessoa humana e sujeito de direitos que requer tratamento adequado e satisfação de suas necessidades, em detrimento do mercado que, como regra, opta pela impessoalidade. Para que seja assegurada existência digna, há um mínimo de recursos necessários que garantem não apenas a sobrevivência, não somente elementos essenciais como alimentação, mas também outros direitos fundamentais previstos especialmente dentre os direitos fundamentais de primeira geração.⁵²

A previsão legislativa da defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro decorre do desenvolvimento histórico do Direito do Consumidor que se verificava em todo o mundo. Em outros lugares, como em Portugal e na Espanha, por exemplo, a inserção desses direitos foi ainda anterior, respectivamente nas Constituições de 1976 e 1978. José Afonso da Silva relata que essas normas serviram de inspiração para que ele propusesse em seu

⁵⁰ Conforme lista Adolfo Mamoru Nishiyama, além daqueles artigos e incisos inicialmente listados, “também merecem destaque: o art. 24, inciso VIII, que atribui competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor; o art. 150, § 5o, que determina que a lei estabeleça ‘medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços’; (...) o art. 220, § 4o, que dispõe sobre a propaganda comercial de Tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação; o art. 221, sobre as diretrizes a serem observadas na produção e na difusão de programas de rádio e televisão. Além desses artigos, há várias outras disposições implícitas voltadas à proteção do consumidor, tais como o direito à igualdade; o direito de resposta; o direito ao acesso à informação; o devido processo legal; a proteção judicial etc.” NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 119-120.

⁵¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 131.

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2, 6 e 14.

Anteprojeto de Constituição Federal de 1988, apresentado à Comissão Afonso Arinos, a previsão constitucional da tutela consumerista.⁵³

O destaque dado pela Constituição Federal aos direitos do consumidor lhe conferiu o patamar de direito fundamental. A lei maior brasileira determina a tutela do consumidor em três momentos distintos. Inicialmente, no artigo 5º, inciso XXXII que o Estado deve promover a defesa do consumidor e que a faça na forma da lei.⁵⁴ É, portanto, obrigatória a existência de uma lei que servisse de parâmetro para sua atuação tutelar. No artigo 170, inciso V, a defesa do consumidor é prevista como um dos princípios da ordem econômica.⁵⁵ Por fim, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que requer menos detalhamento, a Constituição Federal determina que em prazo específico – cento e vinte dias – deveria ser elaborado um código que tratasse da defesa do consumidor.⁵⁶ Por meio desse dispositivo, o constituinte brasileiro deixou clara sua opção por uma proteção do consumidor legislativamente prevista.

A proteção do consumidor, além de ser prevista expressa e diretamente na Constituição Federal, é também prevista implicitamente nas limitações do poder de tributar e às competências legislativas. A Constituição Federal também traz menções a tais direitos no que se refere à comunicação social e à programação de rádio e TV. A necessidade de se defender o consumidor no país não é benevolência ou liberalidade do Estado, mas sim um dever dos entes públicos e direito de todos os brasileiros, parte da sociedade de consumo, por determinação constitucional.⁵⁷ As características de direito fundamental e de princípio da ordem econômica atribuídos à defesa do consumidor pela Constituição Federal tem em comum a referência à necessidade da tutela estatal da defesa do consumidor.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261, nota de rodapé 66.

⁵⁴ CF/88, artigo 5º, inc. XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁵⁵ CF/88, artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

⁵⁶ ADCT, artigo 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁵⁷ SANTANA, Héctor Valverde. A constituição federal e a defesa do consumidor. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, v. 7, p. 33-42, 2002, p. 37-40. e NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131-136

1.2.1.1. Artigo 5º, XXXII, CF.

A defesa do consumidor surge no século passado dentre os direitos humanos (à nível internacional) e ganha destaque no Brasil quando inserida pela Constituição Federal de 1988 no rol de Direitos Fundamentais.⁵⁸ Há que se ressaltar que trata-se de direito que está entre os direitos fundamentais coletivos se considerada a classificação de José Afonso da Silva.⁵⁹ Há que se enfatizar o valor da defesa do consumidor para a formação dos ideais sociais e jurídicos hoje instalados, fazendo parte do conjunto de direitos humanos que tiveram previsão constitucional no Brasil e aplicação social.⁶⁰

Os Direitos Fundamentais foram consagrados como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988 e objetivam não apenas limitar a atuação do Estado, mas também impor obrigações de modo a garantir sua aplicação preventiva e reparatória. Ingo Wolfgang Sarlet qualifica os direitos fundamentais como elementos essenciais ao Estado constitucional e parte imprescindível da Constituição de um Estado Democrático de Direito. Os Direitos Fundamentais concretizam valores como a igualdade, liberdade e justiça, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶¹

A defesa do consumidor ganha destaque no Brasil com sua inclusão no rol de direitos fundamentais. O que lhe assegura aplicabilidade direta e imediata.⁶² Ele também está no mesmo patamar dos outros direitos humanos. A qualificação de direitos humanos atribuída aos direitos do consumidor decorre da essencialidade do consumo a todo ser humano. Essa característica de essencialidade é também enfatizada na Declaração dos Direitos do Homem, relacionando-a também com o mínimo existencial, denominação que qualifica o conjunto de

⁵⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 6.

⁵⁹ José Afonso da Silva qualifica como direitos fundamentais coletivos: a liberdade de expressão coletiva, o direito à informação, o direito de representação coletiva, o direito de participação, o direito dos consumidores, a liberdade de reunião e a liberdade de associação. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2.

⁶¹ SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58, 62, 148-149 e 280.

⁶² PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 16. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180.

elementos imprescindíveis e mínimos para garantia das necessidades básicas de um ser humano e dos seus familiares.⁶³

Dessa forma, é garantia e direito individual que não pode ser abolido mediante emenda à Constituição Federal. Pode ser também qualificada como cláusula pétrea, pelo fato de que não admite proposta de emenda que tenda a reduzi-la ou aboli-la. O poder constituinte derivado foi incumbido da preservação dos direitos considerados fundamentais, qualificados como direitos e garantias individuais, assim incluindo a defesa do consumidor.⁶⁴ Com essa finalidade, foi criado o microssistema de normas que protegem o consumidor.

1.2.1.1.1. Direitos Fundamentais Prestacionais e sua Eficácia

Quando a Constituição Federal fala em promover, afirma Claudia Lima Marques, ela pretende assegurar que o Estado, em todas as suas funções, atue positivamente em prol da tutela desses direitos. A autora os considera direitos fundamentais à prestação positiva do Estado, coerente com a classificação feita por Robert Alexy.⁶⁵ Atualmente, explica ainda a citada autora, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações (respectivamente direitos políticos, econômicos e sociais), que tradicionalmente possuíam eficácia negativa, passam a ter igualmente eficácia positiva, ou seja, passam a obrigar o Estado a agir, inclusive nas situações em que envolvam a esfera particular dos indivíduos e direitos privados.⁶⁶

Quando se afirma que o Estado é limitado pelos Direitos Fundamentais, é fácil concluir que sua atuação, por qualquer meio, inclusive por serviços públicos, seja também por

⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 4.

⁶⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 186-188.

⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 31-32. e GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13-15.

⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008, p. 353.

eles limitada. A defesa do consumidor, Direito Fundamental, não poderia deixar de ser respeitada pelo Estado. O fato do Estado, seja como regulador seja como prestador de serviço, estar obrigatoriamente vinculado à defesa do consumidor tem como origem tanto a previsão normativa do CDC – norma federal – quanto a previsão constitucional, que o obriga a promover a defesa do consumidor. Essas afirmações parecem não deixar espaço para questionamentos quanto à aplicação de tais direitos aos serviços públicos. Entretanto, as coisas não são tão simples na prática.

Robert Alexy trata dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. Ele faz um estudo analítico de tais direitos, diferenciando três aspectos a serem considerados: o objeto, a competência e as liberdades dos direitos subjetivos. No que se refere ao objeto, Robert Alexy trabalha a estrutura fundamental do *direito a algo* distinguindo os direitos a prestações negativas (ou direitos de defesa) dos direitos a ações positivas. Dentre os direitos fundamentais a ações positivas, os direitos podem ser classificados em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.⁶⁷

Robert Alexy descreve os direitos fundamentais prestacionais afirmando que quando fala em direitos prestacionais se refere, em geral, a ações fáticas positivas ou normativas. Estes tipos de direitos, a princípio, também poderiam ser levados a cabo apenas a um sujeito particular, assim são chamados de direitos a prestações em sentido estrito. Pode-se falar também em direitos fundamentais prestacionais normativos. No caso destes últimos, os direitos a ações positivas normativas serão chamados de direitos prestacionais em sentido amplo.⁶⁸

A partir disso, surge a preocupação estatal com os meios de prestação e efetivação dos direitos prestacionais. A satisfação deste tipo de direitos se encerra de forma que, em certos aspectos, é jurídica, não altera em nada o caráter de direito como um direito a uma ação fática. Para a satisfação do direito é indiferente a forma como ela se dá. A irrelevância que a forma

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 151-173.

⁶⁸ “Quien habla de ‘derechos prestacionales’ se refiere, por lo general, a acciones positivas fáticas. Este tipo de derechos que están referidos a prestaciones fáticas que, en principio, también podría llevar a cabo un sujeto particular, serán llamados ‘derechos a prestaciones en sentido estricto’. Se puede hablar no solo de prestaciones fáticas sino también, de prestaciones normativas. Cuando se trata de estas últimas, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de derechos prestacionales. Serán llamados ‘derechos prestacionales en sentido amplio’.” (tradução livre). ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 172.

jurídica de execução da ação tem para satisfazer o direito é o critério para delimitação dos direitos a ações positivas fáticas e a ações positivas normativas.⁶⁹

Entende-se, em consonância com o autor, que os direitos fundamentais podem ser prestados de diferentes formas, sem que necessariamente seja de uma forma juridicamente vinculada. Entretanto, também não exclui a possibilidade de sê-lo. O que é realmente significativo é a vinculação dos direitos fundamentais com esse aspecto prestacional, pois é esse elemento que os relaciona aos serviços públicos.

Essa vinculação do Estado com prestações e meios de concretizá-las requer uma delimitação do termo prestação, para que também se determine o direito prestacional. Com isso, recorre-se às lições de Robert Alexy, segundo as quais se tomado como pressuposto o conceito amplo de prestação, todos os direitos a ações positivas do Estado podem qualificar-se como direitos de receber prestações do Estado, em um sentido amplo.⁷⁰ A principal questão que se apresenta é a de se saber em que medida as disposições dos direitos fundamentais estão limitadas as normas que conferem direitos prestacionais em sentido amplo.⁷¹

No Direito alemão, os Direitos Fundamentais vinculam diretamente os três poderes. Konrad Hesse vê dificuldades apenas no que se refere ao Poder Executivo, ao qual são subordinados diferentes papéis (público, privado ou fiscalizatório). Observa-se que a forma como essa vinculação será cumprida pelos órgãos do Poder Executivo variará conforme a atividade. O autor afirma que para garantir o cumprimento das atividades públicas em uma situação de direito privado, há obrigatoriamente a aplicação dos Direitos Fundamentais, o que justifica, como será visto a seguir, a incidência dos direitos do consumidor ao serviço público. Quando se refere à atuação fiscalizatória do Estado em âmbito privado, entende não haver a mesma vinculação. Ainda que isso não signifique total desobrigação a esse rol de direitos. Em

⁶⁹ “(...) la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como Ella se lleve a cabo. (...) La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 171. (tradução livre)

⁷⁰ “Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden calificarse como derechos a recibir prestaciones del Estado, en un sentido amplio.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 383. (tradução livre)

⁷¹ La pregunta de si, y en qué medida, a las disposiciones de los derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos prestacionales en sentido amplio, es uno de los asuntos más discutidos en la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente, se discuten los llamados derechos sociales fundamentales, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 383. (tradução livre)

outras palavras, quando se trata da atuação fiscalizatória do Estado, ele não pautará suas escolhas, necessariamente, pelo que determinam os direitos fundamentais, mas também não poderá agir de forma oposta aos preceitos por eles defendidos.⁷²

Sabe-se que os direitos fundamentais representam proteção contra ameaça aos valores de maior importância, no entanto, hoje em dia, não só o Estado põe em risco essas liberdades. Konrad Hesse defende que os direitos fundamentais também têm efeito nas relações privadas, o que qualifica como uma *irradiação de efeitos* e que configura a presença desses direitos, como princípios constitucionais do ordenamento jurídico, também nas relações estabelecidas entre os sujeitos privados. Essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais não pode, entretanto, ser direta. O autor afirma que há que se evitar conflitos com direitos privados. Cabe ao legislador o papel de encontrar meios de fazer com que esses direitos sejam aplicados nas relações entre particulares sem colidir com a legislação privada. Mais tarde, se o legislador tiver optado pelo uso de conceitos abertos ou indeterminados, incumbirá ao magistrado interpretar e dar concretude a tais normas sob a luz dos direitos fundamentais.⁷³

Segundo explica Claudia Lima Marques, a eficácia horizontal, indiretamente considerada, nas relações privadas é de aplicação unânime em toda doutrina. Haveria discussão apenas no que concerne à possibilidade de eficácia direta. A eficácia direta e indireta são classificações que dependem da existência ou não de norma infraconstitucional que dê eficácia ao mandamento constitucional. Por meio dessa lei, haveria indiretamente a aplicação da garantia ou do direito constitucionalmente assegurado. Sem a previsão em lei, a aplicação aos direitos privados desses mandamentos seria feita diretamente pela Constituição Federal.⁷⁴

Konrad Hesse também observa a caracterização das relações privadas como amparadas no fundamento da igualdade entre as partes, o que não se verifica nas relações verticais. A aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares pode implicar em maior prejuízo ao cidadão do que em benefícios. A limitação à liberdade decorrente dessa

⁷² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 275-276.

⁷³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 283-285.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008, p. 334.

imposição tende a favorecer um cidadão em detrimento de outro, o que é desaconselhável considerando que deveriam estar em posição de igualdade. De modo diverso do que se nota nas relações com o Estado, nas quais a vinculação direta aos direitos fundamentais e o benefício ao indivíduo aproxima de um equilíbrio da relação.⁷⁵

Ressalte-se também o elemento liberdade, que irá alterar a forma como os direitos fundamentais serão aplicados nessas relações privadas respeitando sua função no ordenamento. O objetivo de se vincular os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é assegurar um mínimo de liberdade, o que não implica reduzir a liberdade a esse mínimo; na verdade, implicará no contrário. Em consonância com a famosa máxima de Lacordaire⁷⁶, ao limitar a liberdade, os direitos fundamentais acabam por garanti-la, dando maior proteção do que se houvesse ampla e irrestrita liberdade.⁷⁷

Em sua análise acerca da jurisprudência da corte constitucional alemã no que tange a eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas, Gilmar Ferreira Mendes afirma peremptoriamente a existência de vinculação direta dos direitos fundamentais em todos os Poderes e funções públicas. Por outro lado, faz diversos questionamentos quanto à existência dessa mesma eficácia nas relações privadas, destacando as discussões levadas a efeito nos Estados Unidos e na Alemanha.⁷⁸

Ressalta-se a obrigação do legislador de realizar a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas em razão da importância desses direitos, em especial para não se permitir que “valores básicos protegidos por esses direitos” fundamentais sejam desrespeitados por atores privados que eventualmente não estariam submetidos “diretamente

⁷⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 284-285.

⁷⁶ O brocardo de Lacordaire dizia que “em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

⁷⁷ “Deve-se ter em conta que, para os direitos fundamentais, também na medida em que a sua função como princípios objetivos da ordem total está em questão, sempre é importante a garantia de um padrão mínimo de liberdade individual, não a redução geral da liberdade a esse padrão mínimo. Por isso, o *direito privado* deixa *mais liberdade* do que os direitos fundamentais, essa liberdade não deve ser restringida por uma vinculação aos direitos fundamentais. Direitos fundamentais não se opõem, fique claro, a obrigações que diante de privados são contraídas em livre decisão, porque da liberdade pessoal também faz parte a possibilidade de vincular-se sob a base de resolução própria.” HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 285-286.

⁷⁸ Vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114-115.

ao regime dos direitos fundamentais”.⁷⁹ Isso evidenciaria, para o autor, a irradiação dos efeitos desses direitos no ordenamento jurídico.⁸⁰

Nota-se ainda que há também no Direito alemão divergência acerca da forma como serão horizontalmente aplicados os direitos fundamentais. Por um lado o Tribunal Superior do Trabalho alemão defende abertamente a aplicação direta; por outro, consagrada doutrina entende pela aplicação mediata em razão da não manifestação da Lei Fundamental alemã. Por isso, Gilmar Ferreira Mendes, visando solucionar a discussão, conclui que não há autorização tanto por parte da Constituição alemã quanto pela própria lógica de criação, evolução e estabelecimentos desses direitos para que se apliquem os direitos fundamentais às relações privadas de forma direta e imediata.⁸¹

Algumas noções características das relações privadas justificam a tese de que haveria aplicação dos direitos fundamentais apenas de forma indireta. Gilmar Ferreira Mendes trata da igualdade entre as partes em uma relação privada citando Günter Dürig. Para este, ao se garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de forma direta, haveria uma restrição ao princípio da autonomia privada. Argumenta ainda que essa não conformidade faria com que os próprios direitos fundamentais autorizassem uma atuação diferenciada nas relações privadas.⁸²

Tem-se que os direitos fundamentais serão aplicados às relações privadas, mas sempre se utilizando dos meios que o Poder Público dispõe para isso. Um primeiro meio de que pode se valer o Estado é de seu papel de legislador, pois a constatação da importância dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico faz com que o legislador atue visando também sua concretização no âmbito privado. O legislador fixará o campo de proteção do direito especificamente tratado dando destaque às garantias constitucionais, e ainda deverá ter o

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

⁸⁰ “É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (Austrahlungswirkung) sobre toda a ordem jurídica.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117 e 120.

⁸¹ “Tanto o texto da Lei Fundamental quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123-124.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124-125.

cuidado de fazê-lo respeitando os princípios constitucionalmente estabelecidos, além dos limites desta mesma Constituição Federal.⁸³

Konrad Hesse também trata da aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Executivo, qualificando como problemática eventual a vinculação do Poder Público que passa a ser obrigado a uma determinada ação, nos moldes do direito privado, não se valendo de sua soberania.⁸⁴ O Poder Executivo também é submetido aos direitos fundamentais, da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado que desempenhem atividade pública.⁸⁵

Observando o que afirma Konrad Hesse, restringindo a aplicação dos direitos fundamentais nas atividades fiscalizatórias, pode-se falar em igual restrição à aplicação do Direito Fundamental e aos direitos privados do consumidor. A eficácia vertical dos direitos fundamentais, pacífica, não exclui a possibilidade de se falar também em eficácia horizontal, considerando o Estado como interessado ou mesmo imputando a promoção da defesa também ao particular.⁸⁶

O ordenamento brasileiro atribui ao Estado como um todo a obediência aos Direitos Fundamentais. Os três Poderes estariam incluídos. Tanto a administração direta quanto indireta são parte do Estado e, portanto, obrigatoriamente submetidos aos direitos fundamentais. Destaque-se que todo e qualquer ente ou órgão que seja parte da Administração Direta ou Indireta, inclusive as Agências Reguladoras, devem respeitar os Direitos Fundamentais.

1.2.1.1.2. O direito fundamental à defesa do consumidor

Segundo Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini, os direitos fundamentais são muito mais do que meramente parâmetros interpretativos de mediação das relações entre

⁸³ “o reconhecimento de que os direitos fundamentais têm um significado especial para a ordem jurídica objetiva – direito fundamental enquanto elemento da ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas” MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: IBDC, 1999, p. 116-117.

⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 275.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDC, 2º ed., 1999, p. 117-118.

⁸⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 275.

particulares. A Constituição Federal quis uma aplicação bem mais ampla desse rol de direitos.⁸⁷ A pluralidade de metodologias que vinculam os particulares aos direitos fundamentais (eficácia consagrada na Constituição Federal, eficácia por meio da mediação do legislador, eficácia mediada pelo magistrado, eficácia perante os ‘poderes privados’, espaço de liberdade do indivíduo)⁸⁸ é um avanço em relação à tradicional eficácia meramente mediata ou imediata dos direitos fundamentais, dando aspecto de norma eficaz, não meramente programáticas, e ainda aplicável diretamente às relações privadas.⁸⁹

O direito fundamental que estabelece a promoção da defesa do consumidor é um tipo de direito que requer a existência de normas legais que o completem e concretizem. Por isso, além das previsões que determinavam a sua tutela, a Constituição Federal também previu no ADCT que deveria ser criado o Código que traria de forma mais completa os direitos dos consumidores.⁹⁰

Inocência Mártires Coelho explica que o surgimento desses direitos ocorre concomitantemente com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social e que isso não aconteceu por acaso. As novas relações jurídicas, inclusive as de consumo, não se encaixavam no modelo econômico liberal. Os sujeitos sentiam-se desamparados pelo ordenamento e pediam mudanças que reestabelecessem um equilíbrio entre o modelo econômico, o jurídico e a realidade social que se apresentava.⁹¹

Nesse contexto de constitucionalização da economia, o consumidor passou a ter tratamento diferenciado e privilegiado que lhe conferiu também superioridade jurídica em compensação à inferioridade fática.⁹² Segundo ainda explica, a constitucionalização desse direito é recente tanto no Brasil quanto em outros países, mas ganha destaque no Brasil por ter

⁸⁷ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. *Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205.

⁸⁸ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. *Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207-211.

⁸⁹ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. *Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 211-212.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

⁹¹ COELHO, Inocência Mártires. Princípios da ordem econômica e financeira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1541.

⁹² COELHO, Inocência Mártires. Princípios da ordem econômica e financeira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1541-1543.

sido elevado ao nível de direito fundamental e pelas várias previsões no corpo da Constituição Federal de 1988. Esses dispositivos são caracterizados por Inocêncio Mártires Coelho como direitos sociais e direitos prestacionais, coerente com a classificação descrita por Robert Alexy.⁹³

No que se refere à eficácia desse direito fundamental, há que se defender a eficácia horizontal desses direitos com o intuito de prover o mínimo de garantias ao consumidor. Como afirma Adalberto Pasqualotto, não tendo sido previsto na Constituição Federal o mínimo existencial, a defesa do consumidor precisa ser preservada com esse papel. Assegura assim o direito a adquirir produtos e serviços, inclusive públicos, com qualidade que sejam essenciais para que se tenha vida digna e saudável.⁹⁴

1.2.1.2. Artigo 170, V, CF.

A previsão da defesa do consumidor como princípio básico da ordem econômica representa a expectativa do legislador originário que esses direitos fossem integrados ao regime capitalista adotado no Brasil.⁹⁵ Como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor deve pautar toda atividade econômica no Brasil, pois é a garantia ao consumidor que pode também propiciar maior solidez no crescimento econômico.⁹⁶

A necessidade da presença de um sujeito consumidor e outro fornecedor ligados em uma relação por um objeto de consumo – produto ou serviço – não limita a amplitude da aplicação desses conceitos e sua relevância e extensa aplicabilidade nas mais diversas

⁹³ COELHO, Inocêncio Mártires. Princípios da ordem econômica e financeira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1541-1543.

⁹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 6.

⁹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2.

⁹⁶ “A efetiva proteção ao direito do consumidor pode ser um instrumento capaz de fazer com que a economia desenvolva-se ainda mais solidamente. Isto porque o consumidor satisfeito irá adquirir produtos e usufruir de serviços tendo maior confiança nos fornecedores fazendo com que haja um consumo ainda maior. Considerando o atual momento econômico que vivenciamos em nosso país, tal reflexão torna-se ainda mais importante.” MENDES, Daniel. *O Direito do Consumidor fará a economia crescer solidamente*. Disponível em: www.brasilcon.com.br. Acesso em: 09 ago. 2012.

relações comerciais. A influência que as normas de defesa do consumidor têm sobre o mercado não pode ser negada.

O artigo 170 traz um rol de princípios dentre os quais não há hierarquia, afirma Adolfo Mamoru Nishiyama. Para o autor, não existe qualquer contradição entre o princípio da defesa do consumidor e os demais fundamentos do artigo 170, de modo que admitem interpretação harmônica. Todos eles são caracterizados por terem caráter programático, o que requer a implementação de políticas públicas por meio de outras normas voltadas para atender esse programa pré-estabelecido.⁹⁷

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho qualifica o inciso V do artigo 170 como uma norma-princípio, que está no mesmo patamar de princípios como a livre concorrência e a propriedade privada. Todos os meios de implementação a eles aplicáveis, também o serão à defesa do consumidor, que como princípio requer a sua concretização para encontrar seu ápice de aplicação.⁹⁸

O princípio da defesa do consumidor é norma programática e também regra mínima, qualifica Adolfo Mamoru Nishiyama. Devem ser editadas novas normas para completá-la, desde que respeitem os princípios já estabelecidos e que venham para expandí-los ou aplicá-los em sua plenitude.⁹⁹ Trata-se, portanto, de norma de aplicabilidade limitada.¹⁰⁰

Com o avanço econômico que o Brasil experimentou nas últimas décadas e o consequente aumento das relações de consumo, cresceu também a necessidade de normas protetivas que colocassem o consumidor – vulnerável e, portanto, naturalmente desfavorecido frente ao fornecedor – em patamar de igualdade com os comerciantes.

Os princípios da ordem econômica, dentre eles a defesa do consumidor, são responsáveis pelo estabelecimento do norte de atuação dos agentes econômicos. A relação entre Direito e Economia passa necessariamente por esses princípios. No tópico a seguir, observa-se como se dá a relação entre defesa do consumidor e economia, tomando por base a previsão constitucional e a existência de ramo jurídico atualmente que se preocupa com a

⁹⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 195-196.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1543.

⁹⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 199.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180.

visão econômica dos institutos jurídicos. Em seguida, será também estabelecido diálogo com outro princípio da ordem econômica: a livre concorrência. A leitura da Constituição Federal pressupõe que ambos são conciliáveis, é necessário tratar de forma mais aprofundada sobre esse assunto.

1.2.1.2.1. Defesa do Consumidor e Economia

Não há como negar a existência de íntima relação entre a Economia e o Direito do Consumidor. A principal intercessão entre eles está no artigo 170, V da Constituição Federal que eleva a defesa do consumidor ao patamar de princípio da ordem econômica. Na esfera econômica, há que se destacar o papel das normas de defesa do consumidor como limitadoras da liberdade econômica e, ao mesmo tempo, incentivadoras, desde que agindo de forma responsável e considerando os dois lados da relação. Tanto por meio da implementação da PNRC quanto pela atuação do SNDC há incentivo no setor econômico.¹⁰¹ Apesar de opiniões como a de Fábio Konder Comparato que escreveu ensaio em que considera a proteção do consumidor um mero capítulo do Direito Econômico¹⁰², ainda que de forma mediata, pode-se notar que a defesa dos direitos do consumidor influencia significativamente a economia do país. Por isso que priorizar esses direitos também traz bons resultados para o mercado.

A Economia tem como objetivo a formulação de políticas que resolvam os problemas micro e macroeconômicos cotidianos. Um dos principais focos de atenção na seara econômica é o estudo das políticas econômicas governamentais e a discussão acerca do papel do Estado por meio da intervenção.¹⁰³ A Economia, mesmo que indiretamente, também afeta o consumidor e suas escolhas, fortalecendo ou enfraquecendo o seu poder de compra. A Economia trabalha com conceitos que são muito úteis para o consumidor e para o desenvolvimento da defesa de seus interesses.¹⁰⁴ A análise da defesa do consumidor a partir

¹⁰¹ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 71.

¹⁰² PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 27. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 473-499.

¹⁰³ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 6-7.

¹⁰⁴ Esse estudo quer o conhecimento de conceitos econômicos, advindos especialmente da microeconomia. A preocupação da microeconomia concerne às relações de mercado com uma lente mais próxima do que tem a

de uma lógica econômica pode ser ferramenta importante para que o exercício desse direito possa beneficiar ainda mais pessoas e ser respeitado pela importância que tem para o mercado e para a sociedade.¹⁰⁵ O Direito pode se valer de uma Análise Econômica, servindo-se de seus conceitos de eficiência, de racionalidade, de custo de oportunidade e assimetria de informações em busca de maior eficiência nas suas normas, de direcionamento de suas políticas e escolhas públicas, de diminuição dos gastos do Estado, aumento do custo-benefício, dentre outros.

Outro ponto de intercessão entre os interesses privados dos consumidores e os públicos, representados pelos interesses econômicos, é a preocupação com o Estado e com a

macroeconomia, ocupando-se com a análise de oferta e demanda, de maximização de utilidade e de lucros, dentre outros conceitos. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35-36. O estudo microeconômico também introduz a noção de equilíbrio e de eficiência e se vale da lógica matemática para levar a uma compreensão mais objetiva das questões a ele relacionadas. Conhecendo todas essas ferramentas que foram introduzidas por Robert Cooter e Ulen em seu livro é possível entender melhor a Análise Econômica do Direito. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36-38.

Os principais instrumentos e o raciocínio desenvolvido pela Análise Econômica do Direito são extraídos essencialmente dos modelos e ferramentas da Economia, conforme afirmou Bruno Meyerhof Salama. SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. Assim, faz-se necessário tratar de conceitos econômicos indispensáveis para a correta compreensão da proposta da Análise Econômica do Direito. O conceito de eficiência é essencial para a análise econômica do Direito. Eficiência, segundo Wonnacott e Wonnacott, “é a meta de obter o resultado máximo do esforço produtivo”. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 15. Salama destaca também a necessidade de maximização – que é também ideia econômica indispensável para a Análise Econômica –, referindo-se à maximizar riquezas e bem-estar, e ainda acrescenta a necessidade de minimizar os custos sociais. SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

Outro instituto importante para a disciplina é a racionalidade. Considerando que, como homens, os consumidores são seres racionais, a Economia pressupõe que suas escolhas são feitas de forma racional. A racionalidade induz a uma lógica nas escolhas: uma pessoa racional sempre buscará maximizar as benesses e minimizar os prejuízos dela decorrentes. Com isso, a Economia usa a racionalidade como instrumento “para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana”. SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-24.

Também a assimetria de informações é conceito importante para o trabalho que se desenvolve. Trata-se de “uma importante falha de mercado. Ela decorre de conhecimentos não suficientemente disseminados na economia. Uma das partes da transação possui melhores informações do que a outra”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. 305 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 97. Por fim, o conceito de custo de oportunidade, segundo Sandroni, observa que “os custos não devem ser considerados absolutos, mas iguais a uma segunda melhor oportunidade de benefícios não aproveitada.” SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

¹⁰⁵ A Economia, afirma Bruno Meyerhof Salama, “é uma ferramenta útil para analisar um vasto conjunto de temas”. A Análise Econômica do Direito é mais uma de suas bem-sucedidas aplicações. Trata-se, entretanto, de uso relativamente novo. Até algumas décadas atrás, o Direito só dialogava com a Economia nos campos em que as duas incidiam, em especial, direito regulatório, intervenção do Estado e direito concorrencial. SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

O uso da Economia como referência de análise de outras disciplinas têm sido muito difundido e ganhado cada vez mais espaço devido a seu êxito. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 7.

Existem muitas semelhanças entre as duas áreas que permitem esse diálogo. Bruno Meyerhof Salama afirma que as duas áreas lidam com questões relacionadas à “coordenação, estabilidade e eficiência” social. SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

necessidade ou não de intervir. Algumas vezes, a intervenção do Estado no equilíbrio do mercado é imprescindível para que o mercado não seja mais afetado do que o estritamente necessário.¹⁰⁶ Esse é um poder que requer cuidados, pois como sujeito ativo do mercado, o Governo tem o poder de desequilibrar toda a estrutura de oferta e demanda, podendo prejudicar ou favorecer o comércio ou a quem o interessar.¹⁰⁷

A participação do Estado traz também benefícios. O intervencionismo se presta à economia e ao mercado quando por meio de políticas o Estado procura solucionar conflitos ou corrigir falhas no mercado. Essa atuação também tem um embasamento econômico, o Estado se vale de objetivos ótimos propostos pelos economistas para tentar encontrar saídas intermediárias para os problemas. Ou seja, com isso, não se espera encontrar resultado perfeito, mas, ao menos, caminhar um pouco mais em direção a ele, afastando-se do que se considera insatisfatório ou falho.¹⁰⁸

¹⁰⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 60-62. Sempre existiu essa controvérsia acerca do momento em que há necessidade ou não de intervenção do Estado. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 7. Ao observarem as diferentes discussões doutrinárias acerca do assunto, Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott tratam primeiramente da teoria do *laissez-faire*, cuja intervenção do Estado no mercado mais atrapalha do que ajuda. Esse pensamento foi desenvolvido por Adam Smith que, contrário ao controle governamental, defendeu que os próprios comerciantes atenderiam às necessidades sociais como resposta a seu próprio interesse. Defendia também a existência da mão invisível do mercado que levaria os produtores, visando seu próprio interesse, a satisfazer os interesses sociais melhor que o próprio Estado, que tem o interesse social como finalidade. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 7.

Tempos depois de Smith, descrevem os autores, John Maynard Keynes “atacou a tradição do *laissez-faire* na economia”, defendendo a necessidade de um governo mais atuante, promovendo especialmente emprego e obras. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 8. Mesmo Karl Marx, famoso por sua oposição ao Capitalismo, não era totalmente contrário à atuação do governo como regulador do mercado. Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott analisam a obra Marxista observando haver mais que uma interpretação possível ao que escrevera deixando aberta a possibilidade de interpretar sua defesa ao “governo dos trabalhadores” e igualmente a ausência total de governo.

“Em relação a um dos temas principais – o papel do governo –, Marx demonstrou uma estranha ambivalência. A revolução comunista exigiria que alguém cuidasse das fábricas e dos outros bens de capital depois de eliminada a classe capitalista. A solução óbvia foi a propriedade governamental, com o governo visto como o representante dos trabalhadores. Efetivamente, foi o caminho escolhido por países como a ex-União Soviética. A revolução tem resultado no controle governamental dos meios de produção. Porém, Marx também acreditou que a revolução levaria finalmente ao desaparecimento do governo. Nas sociedades marxistas de hoje, não se observa nenhuma tendência a tal desaparecimento”. WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994, p. 9.

Na prática, os economistas sempre divergiram não apenas acerca da necessidade de intervenção, mas principalmente acerca do grau aceitável de influência do Estado no mercado. No último quarto do século XX, por exemplo, após a crise da década de 1970 atribuída ao intervencionismo descontrolado do Estado, desenvolveu-se a teoria neoliberal com tendências a promover a diminuição do Estado e a permitir que a mão invisível do mercado atuasse mais livremente. CASTELO BRANCO, Rodrigo. *A crise de 2008 e a intervenção do Estado na economia*. Disponível em: <http://www.socialismo.org.br/porta/questoes-ideologicas/83-artigo/638-a-crise-de-2008-e-a-intervencao-do-estado-na-economia>. Acesso em: 30 jul. 2012.

¹⁰⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 60-62.

¹⁰⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 64.

Apesar de buscar sempre maior liberdade e autonomia em relação ao Estado, não há como negar que, sendo espaço público, como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, o mercado será sempre composto por normas limitadoras e condutoras, regras que envolvam liberdade e reciprocidade e seu funcionamento efetivo é preocupação dos órgãos de regulação.¹⁰⁹ Por isso, a necessidade de que essa intervenção seja um ato estatal por meio de órgãos reguladores e que essa norma seja pautada por racionalidades econômicas, a fim de que as alterações repercutam positivamente no mercado. As políticas desenvolvidas pelo poder público frente ao mercado de consumo precisam ser fundamentadas em uma lógica voltada para o bem comum, para que seja bem sucedida seja qual for seu fim.¹¹⁰ A defesa do consumidor deve ser um dos elementos determinantes nas escolhas econômicas, não só por ser princípio constitucionalmente conferido à ordem econômica, mas também porque pode ter influência direta no sucesso da intervenção por meio da regulação.

1.2.1.2.2. Defesa do Consumidor e a livre da Concorrência

A defesa do consumidor, princípio geral da atividade econômica, precisa ser compatibilizada e ponderada com outros princípios de igual estatura. Os princípios da livre concorrência e da propriedade, que tradicionalmente serviam de embasamento para a ordem econômica, precisam agora ser readaptados à nova ordem econômica criada a partir da Constituição Federal de 1988. Adalberto Pasqualotto explica que o direito de propriedade deve se ajustar mais especificamente à função social da propriedade, já a livre concorrência à defesa do consumidor.¹¹¹ Na verdade, nos dois casos, há a necessidade de se realizar ponderação de valores para aplicação no caso concreto. A previsão constitucional da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica faz com que ela tenha, metafisicamente, força de definição sobre a ordem econômica.¹¹² Adalberto Pasqualotto, tomando como pressuposto o que estabelece Fábio Konder Comparato – que o direito do consumidor é forma

¹⁰⁹ LIMA, José Reinaldo de. Direito do Consumidor e Privatização. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 26, Abr/1998, p. 4.

¹¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 65-68.

¹¹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 3 e 21.

¹¹² PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 23.

de intervenção na economia –, observa as diferenças entre a defesa do consumidor e a concorrência. Explica que, apesar de terem uma origem comum, o direito concorrencial e o direito do consumidor têm objetivos bem distintos. De um lado, o direito concorrencial tem como objeto a intervenção visando o direcionamento da economia; de outro, o direito do consumidor interfere na economia com vistas a proteção do consumidor, o que reflete sua vocação social.¹¹³

Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim explica que a defesa da livre concorrência é força de repúdio ao abuso do poder econômico. Essa defesa da livre competição de mercado acaba indiretamente beneficiando o consumidor já que tem como um de seus principais objetivos dificultar o aumento de preços.¹¹⁴ A defesa da concorrência, ainda que indiretamente, também é uma forma de tutelar o consumidor: o monopólio tende a transformar os consumidores em reféns, enquanto a concorrência, além de dar opções de escolha, propicia melhores preços, produtos e condições de compra.¹¹⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como já visto, afirma que a melhor forma de se defender o consumidor é por meio da livre concorrência, o que significa que ambos não são excludentes.¹¹⁶ É sempre melhor para o consumidor que haja concorrência no mercado. Nesse sentido, o artigo 4º, III, do CDC seria referência a um tipo de racionalidade entre os princípios de modo que reinasse a harmonia de interesses na relação de consumo e que fosse compatibilizada a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando os princípios nos quais se funda a ordem econômica.¹¹⁷

¹¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 28. No trecho mencionado, Adalberto Pasqualotto cita Eros Roberto Grau em seu livro *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*.

¹¹⁴ RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005, p. 121.

¹¹⁵ MATIAS PEREIRA, José. *Políticas Públicas de defesa do consumidor e da Concorrência: uma avaliação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32695-401961PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011, p. 3.

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 175.

¹¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 22.

CDC, art. 4º. (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

O serviço público é qualificado por Eros Roberto Grau como uma espécie de atividade econômica.¹¹⁸ É necessário analisar um pouco mais os serviços públicos para que se possa chegar a outras conclusões no que tange essa relação. Também são observados casos concretos e dados que servem de justificativa para as postulações que são feitas no decorrer do trabalho. Os dois temas vêm auxiliar na consolidação das afirmações feitas até o momento.

1.2.2. Serviços Públicos

O serviço público é um dos temas mais importantes de todo o Direito Administrativo, conceituado por Leon Duguit como o elemento essencial do Estado. No Brasil, a Constituição Federal prevê que o Estado cumpra seus deveres para com a sociedade por meio da prestação de serviços públicos (artigo 175, Constituição Federal).¹¹⁹ Em que pese o seu destaque, essa conceituação sempre foi um problema para a doutrina.¹²⁰

Diferentes critérios caracterizam o serviço público. Com base nesses critérios, definem-se quais atividades públicas podem ser qualificadas como serviço público. Um dos primeiros autores que buscou a compreensão do que seria serviço público, Leon Duguit escolheu como critério a atividade. Para ele, referência no estudo do serviço público e responsável pela *Ecole du Service Public*, a concepção de serviço público era baseada em lógica estritamente material, ou seja, a partir de uma preocupação com a atividade a ser desempenhada.¹²¹

Gaston Jèze, de modo diverso, defendeu a existência de um requisito formal, ou seja, que requer análise de elemento externo à atividade, para a conceituação do serviço público, no caso, as normas. Ele entendeu que o principal elemento que caracteriza o serviço público é o seu regime jurídico diferenciado. Esse pensamento foi responsável pelo desenvolvimento de

¹¹⁸ “Atividade econômica é gênero que comporta duas espécies: serviço público e atividade econômica em sentido estrito”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 613, nota de rodapé 3.

¹²⁰ Admite José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, ser unânime a dificuldade de definição precisa dos serviços públicos. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 295.

¹²¹ DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005. e Anotações das aulas da disciplina Direito e Serviço Público. Professor Carlos Bastide Horbach. Mestrado em Direito. Uniceub. Brasília-DF.

uma nova corrente no estudo do serviço público. O regime jurídico do serviço público é considerado diferenciado por possuir características próprias, que o diferem das demais normas. Em primeiro lugar, há que se citar a possibilidade das normas pertencentes a esse regime – normas de Direito Público – serem capazes de derrogar normas de direito privado.¹²²

Nem sempre a doutrina entende ser possível definir de forma precisa o que vem a ser o regime jurídico do serviço público. Eles notam a existência de normas específicas para regulamentar cada atividade prestada como serviço público, o que dificultaria a definição de características comuns para o estabelecimento do que vem a ser o regime jurídico diferenciado. Essa percepção levou, então, ao argumento que qualifica o serviço público como casuístico, considerando que cada atividade tem regime jurídico próprio.

Outra possibilidade aceita por alguns doutrinadores identifica o serviço público a partir dos seus princípios. Mesmo que exista regime jurídico específico para cada tipo de serviço, os princípios que norteiam toda essa legislação são comuns. São elementos únicos, que distinguem os serviços públicos das demais atividades públicas ou privadas, e ao mesmo tempo compartilhados por todas as atividades qualificadas como tal. Ao concordar com essa última constatação, há que se destacar a importância dos princípios. Eles conferem ao regime jurídico do serviço público o elemento diferencial que o distancia das demais normas, meramente regulamentares das atividades do mercado. Além de explicitarem as qualidades específicas que justificam o tratamento especial decorrente do serviço público.

A Escola do Serviço Público defende que o serviço público tem função tanto de legitimação quanto de limitação da atuação da Administração. Segundo esse entendimento, o serviço público é meio legítimo por meio do qual o Estado atua e quando o faz por esse meio há uma legitimação ínsita ao papel por ele prestado. Afirma ainda ser o serviço público o único meio de se prestar determinados serviços.

Leon Duguit estabelece também o serviço público como elemento do Estado e, portanto, um paradigma para sua compreensão, criando conceito que caracteriza a compreensão de serviço público pela Escola nomeada em sua homenagem. Nesse sentido, ele defende que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados por governantes.¹²³ A partir desse entendimento, ampliam-se os limites do que pode ser serviço

¹²² Para mais explicações vide: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

¹²³ “es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes” DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 64. (tradução livre)

público e abrem-se os horizontes para um leque de possibilidades de serviços públicos em relação com os direitos fundamentais.

Fernando Costa de Azevedo defende que quando se interpreta sistemática e literalmente o artigo 175 da Constituição Federal ¹²⁴, encontram-se os elementos de compreensão do que vem a ser serviço público. A consequência dessa afirmação é a exclusão da qualidade de serviço público tanto a saúde quanto a educação, por não se possuírem fim lucrativo, como destaca o próprio autor. Essas atividades, apesar de não se caracterizarem como serviço público, são funções do Estado que podem ser qualificadas como não-econômicas, irrenunciáveis e não exclusivas. Por isso, o Estado as prestará em resposta a um dever constitucionalmente atribuído, e a possibilidade de prestação do mesmo serviço por particulares não caracterizará delegação, mas mero exercício do direito assegurado pela Constituição Federal no exercício da livre iniciativa (artigos 199 e 206 da Constituição Federal de 1988¹²⁵).¹²⁶ É preciso ter em mente que o Estado é o titular, mas não o único executor do serviço público. A possibilidade de delegação do serviço não retira seu caráter público.¹²⁷

Outra distinção que pode ser feita é no tocante à característica de atividade econômica conferida aos serviços públicos. Eros Roberto Grau entende que o serviço público é espécie de atividade econômica.¹²⁸ Quando trata do serviço público diferenciando da atividade econômica em sentido estrito, ele observa haver de um lado privilégios, o que é bem diferente de um sistema de monopólios em que apenas o Estado – ou aquele que o representa – explora economicamente determinada atividade, caso da atividade econômica em sentido estrito. Segundo ele, o que realmente importa é que não haja intercambialidade, que o serviço seja

¹²⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹²⁵ CF/88, art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

CF/88, art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...)

¹²⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39-40.

¹²⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37-38.

¹²⁸ Atividade econômica é gênero que comporta duas espécies: serviço público e atividade econômica em sentido estrito, na precisa lição de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94.

prestado, que se mantenha a competição e a concorrência. O privilégio é característica marcante do regime de prestação de serviço público e remete à exclusividade na prestação do serviço, o que garante o consumo de seu produto ou serviço. Por se afirmar que determinada empresa pública ou sociedade de economia mista presta serviço público, afastam-se certas características de atividade meramente econômica, e passam a valer características eminentemente pública, evidenciadas no serviço público, como os princípios a eles aplicados. Eros Roberto Grau cita como exemplo o princípio da continuidade do serviço público.¹²⁹

Fernando Costa de Azevedo afirma que, a despeito dos serviços públicos serem atividades econômicas, existem atividades econômicas que não são serviços públicos. Nesse caso, nota que a execução e a titularidade são conferidas à iniciativa privada, sendo que só excepcionalmente o Estado poderá explorar essa atividade econômica, como estabelecido no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal.¹³⁰ Há que se destacar que tais atividades econômicas em sentido estrito, ao contrário dos serviços públicos, não terão regime jurídico diferenciado.¹³¹ O autor ainda diferencia serviço de função a partir da prestação de Direitos Fundamentais. Argumenta que as funções públicas se referem ao cumprimento de Direitos Fundamentais, que por sua própria essência não são atividades econômicas, o que as difere dos serviços públicos. Cite-se a prestação de saúde e a educação, já vistas anteriormente, como funções, não serviços públicos.¹³²

As empresas prestadoras de serviço público, como entidades públicas e representantes do Estado, são submetidas aos mesmos direitos e deveres que o Estado. Respondem juridicamente como se fossem o Estado e, portanto, são também limitados pela eficácia vertical (e horizontal) dos Direitos Fundamentais.

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124-126.

¹³⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹³¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32-44. Falar de autores que não concordam com o Fernando Costa de Azevedo no que se refere a ser o serviço público atividade econômica.

¹³² AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41.

1.2.2.1. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais

Desde Montesquieu, a forma de concepção dos direitos do cidadão é ponto crucial na definição do Estado e de sua Constituição. Esses direitos fundamentais seriam inerentes à própria natureza do ser humano. Os direitos fundamentais tem papel limitador à atividade estatal. Com o passar do tempo, além de trazer essa carga de atuação negativa, ou seja, de limitação de outras normas e da própria atividade dos legisladores, os direitos fundamentais passaram a representar um fim em si mesmos e a exigir prestação positivas do Estado.¹³³

O Estado é a grande instituição da modernidade, afirma Luís Roberto Barroso. Justifica isso na centralidade dos direitos fundamentais na atribuição de deveres ao Estado, tanto quando impõe deveres que limitam sua atuação quanto quando determina prestações positivas e tutelas.¹³⁴ Não se pode tentar desvincular o Estado do seu papel de prestador de direitos fundamentais. A prestação desses direitos é - e deve ser sempre - a principal função e o objetivo último das ações estatais. Isso porque a concretização dos princípios e direitos deles decorrentes é também reflexo dos interesses públicos.¹³⁵

Ressalte-se a existência de relação entre os conceitos de Estado, serviço público e direitos fundamentais. A qualificação e caracterização do serviço público, defende Paulo

¹³³ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 65-66 e 110-121.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xx (prefácio). Não era mais suficiente que o Estado se abstinhasse, a ideia de atuação estatal visando determinadas finalidades ganha contornos mais relevantes, com vistas às necessidades sociais concretas. Consequentemente, a Administração Pública, que busca a concretização dos interesses reservados ao Estado, passa a ser responsável pela efetivação das necessidades dos cidadãos.

Nos dias de hoje, no Estado democrático de Direito, as atividades do Estado só se legitimam se voltadas aos interesses públicos e são os direitos fundamentais que indicam o caminho que o Estado deverá seguir. Direitos Fundamentais como a defesa do consumidor devem orientar as escolhas governamentais de modo a promover políticas públicas e regulamentar o mercado com vistas ao interesse do consumidor, que reflete também o interesse público. RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 65-67.

¹³⁵ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 95.

Henrique Ribas, reflete o modo de funcionamento do próprio Estado naquele momento e os direitos fundamentais por ele assegurados.¹³⁶

Há que se notar, contudo, que a existência de relação entre os conceitos de serviço público e de direitos fundamentais, não se limita a isso. Além dos serviços públicos auxiliarem na concretização dos direitos fundamentais, também pode-se dizer que os direitos fundamentais limitam o serviço público. A prestação de qualquer serviço público não está isenta da observância aos limites legais e constitucionais. Desse feita, ao prestar serviço público o Estado ou seu representante deverá, necessariamente, respeitar os direitos fundamentais como limites a sua atuação. Rejane Esther Vieira reclama ser imprescindível a reformulação dos serviços públicos a fim de que representem não só direitos, mas também “valores democráticos”.¹³⁷ A partir disso e dos estudos ora realizados, conclui-se que é possível conciliar os dois institutos e que, para a doutrina moderna, ambos devem estar sempre a serviço do Estado democrático. A defesa do consumidor, direito fundamental, também poderá ser concretizada por meio dos serviços públicos, pois atua com fim de que o interesse público seja preservado e alcançado.

A própria história revela que, desde a Revolução Francesa, a atuação dos Direitos Fundamentais sempre foi orientada verticalmente.¹³⁸ Toda e qualquer atuação do Estado de Direito precisa ser pautada nos limites estabelecidos no rol direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A delegação do serviço público para o setor privado leva também as obrigações próprias do Estado. Quando uma concessionária presta serviço público, ela também deverá se preocupar com o respeito àqueles direitos como se fosse o próprio Estado, já que naquele momento, atua em seu lugar.¹³⁹

Os conceitos de serviço público e de direitos fundamentais são intrinsecamente ligados. Pode-se conceber, com base nessa premissa, que a melhor compreensão de serviço

¹³⁶ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 102.

¹³⁷ VIEIRA, Rejane Esther. *A administração pública democrática no Brasil*. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/14358/1/Administracao-Publica-Democratica-no-Brasil/pagina1.html#ixzz14918Ak2W> Acesso em: 07 mar. 2011.

¹³⁸ Há que se ressaltar a crescente importância e o destaque da horizontalização dos Direitos Fundamentais, nesse sentido, leia: GARDBAUM, Stephen. *The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=437440. Acesso em: 19 dez. 2012.

¹³⁹ Note-se também que, nesse caso, não se tratará de efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais, pois a atuação continua sendo pública, ainda que o principal ator seja privado. A principal prova disso é poder-se afirmar que as delegatárias também estão prestando serviço público.

público se dará por ser meio de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos prestacionais; de forma análoga, a melhor forma de se concretizar os direitos fundamentais será por meio de serviços públicos.

Em seus estudos, José Joaquim Gomes Canotilho realiza uma análise aprofundada dos direitos fundamentais prestacionais a fim de proceder a um tipo de investigação teórica que possibilite o estabelecimento de diferenças estruturais em relação às várias possibilidades jurídico-prestacionais. Imbuído desse intuito, o autor mencionado analisa o direito fundamental à vida e conclui pela existência de liberdade por parte do Estado para determinar os meios de efetivação dos direitos fundamentais.¹⁴⁰

Para melhor explicar essa compreensão, José Joaquim Gomes Canotilho cita as Constituições portuguesa e espanhola. Nenhuma delas, apesar de ambas trazerem um rol de direitos sociais, traz antecipadamente uma previsão acerca de qual meio deve ser escolhido para realizar prestações consideradas fundamentais. Ou seja, existe certa liberdade na decisão quanto ao meio de concretização. Entretanto, essa liberdade ou discricionariedade, de acordo com o autor português não pode ser total, pois haverá elementos constitucionais que também obrigarão o legislador. No caso da Constituição portuguesa, essas obrigações ou esses determinantes tomam forma de direitos positivos; na espanhola, de princípios.¹⁴¹

Pode-se afirmar, assim, com base nos estudos de José Joaquim Gomes Canotilho e Robert Alexy, que não há qualquer vinculação com os meios pelos quais tais direitos deverão ser concretizados. No Direito alemão, por exemplo, a noção de serviços públicos está atrelada ao atendimento às necessidades coletivas do cidadão e aos direitos fundamentais. Em referido ordenamento, o serviço público tem características bem menos peculiares e distintas das outras atividades estatais, sendo chamada de assistência vital (“*asistencia vital*”).¹⁴²

Robert Alexy alega não se poder afirmar que todo direito fundamental prestacional, como é o caso da defesa do consumidor no Brasil, levará necessariamente à vinculação de determinada atividade, no sentido de que a atividade poderá ser realizada de diversas formas. A partir disso, ele diferencia a exigibilidade de um direito fundamental prestacional (no texto, exigibilidade judicial) da exigibilidade de um direito negativo. Ele afirma que os direitos de

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 53, 57 e 58.

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 58.

¹⁴² FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 475.

defesa são, para os destinatários, proibições de destruir, de afetar negativamente, dentre outros. Os direitos prestacionais são, para os destinatários, ordens de proteção ou incentivo de algo. Se estiver proibido destruir ou afetar algo, então está proibida toda ação que constitua ou provoque uma destruição ou que afete. De modo diverso, se a ordem é promover ou proteger algo, não está assim obrigada à realização de toda ação que implique em promoção ou proteção. A proibição do homicídio implica, inicialmente, na proibição de toda ação homicida; diferentemente, a determinação de salvar alguém, não significa que fica determinada a necessidade de se realizar todas as ações possíveis para salvar alguém. Se for possível salvar alguém que está se afogando, pode ser nadando ou jogando um salva-vidas ou com a ajuda de um bote, de modo algum o sujeito será obrigado a realizar ao mesmo tempo as três ações de salvamento. O que é obrigatório é a realização de uma delas. Entretanto, isto significa que o destinatário da ordem de salvamento, se não se somam outras razões limitantes, tem uma margem de liberdade de ação dentro da qual escolher a forma de ação que preferir. A expressão ‘margem de liberdade de ação’ é decisiva para a exigibilidade judicial dos direitos a ações positivas.¹⁴³

Conclui-se, portanto, que não há só uma maneira do Estado realizar a prestação de direitos fundamentais, e dentre elas pode-se incluir a prestação por meio de serviços públicos. Ou seja, percebe-se que não havendo uma vinculação quanto ao meio ou a forma de concretização desses direitos, fazê-lo por meio de serviço público é algo plausível e talvez o mais adequado, já que se trata do Estado como garantidor principal.

Segundo Jorge I. Muratorio, Ariño entende que se vive um momento de transição da concepção clássica e tradicional de serviço público nos países latinos, para a concepção anglo-saxã. Nesse esquema, o novo paradigma é a ideia da cultura anglo-americana de regulação do serviço público, que ao invés de partir da estatização, parte da livre iniciativa.

¹⁴³ “Los derechos de defensa son, para los destinatários, prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos prestacionales son, para los destinatários, mandatos de proteger o promover, etc, algo. Si está prohibido destruir o afectar algo, entonces está prohibida toda acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está ordenado proteger o promover algo, no está entonces ordenada toda acción que constituya o provoque una protección o una promoción. Así, la prohibición del homicidio implica prima facie la prohibición de toda acción homicida; en cambio, el mandato de salvar a alguien, no implica el mandato de llevar a cabo todas las acciones que consisten en salvar a alguien. Si es posible salvar a alguien que está se ahogando, ya sea nadando o arrojándole un salvavidas o con la ayuda de un bote, de ninguna manera están ordenadas al mismo tiempo las tres acciones de salvamento. Lo que está ordenado es, más bien, la realización de la primera, de la segunda o de la tercer acción. Pero, esto significa que el destinatário del mandato de salvamento, si no se suman otras razones limitantes, tiene un margen de acción dentre del cual puede elegir, cómo quiere cumplir el mandato. Con la expresión “margen de acción”, se ha pronunciado la expresión decisiva con respecto a la exigibilidad judicial de los derechos a acciones positivas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 408-409. (tradução livre)

Este postulado consiste em aceitar que a transcendência social das atividades determina e legitima o grau ou a intensidade do controle público correspondente. É a jurisprudência que determina que ao utilizar uma determinada propriedade ao interesse público, o poder público passa a ter uso desse bem e exercer certo controle sobre ele, sempre visando o bem comum e voltado para o melhor interesse público. Disso se interpretou que essa doutrina importava na liberdade do Estado de controlar ou não, no sentido mais amplo, os serviços públicos, ainda que prestados por particulares e sob uma regulação forte, sem que se interesse em determinar que seja o titular e sem que exista a figura da concessão.¹⁴⁴

Paulo Henrique Ribas acrescenta que o principal objetivo dos serviços públicos deve ser garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e atenção aos interesses dos cidadãos, fim último do Estado. Como visto, os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 são efetivados por serviços públicos.¹⁴⁵ Como será observado no próximo item, a defesa do consumidor, que é direito fundamental, poderá também ser efetivada por meio dos serviços públicos e na prestação deles, mesmo quando se tratarem de outros direitos.

No caso do direito fundamental prestacional em foco nesta dissertação, a defesa do consumidor, a liberdade na escolha das diferentes formas de se assegurar que essa garantia constitucional seja preservada é decorrência da teoria ora apresentada. Ressalte-se que existem vários pontos de tangência entre os serviços públicos e a defesa do consumidor. Uma primeira relação seria no sentido de que, ao se prestar o serviço público, independente de que tipo de serviço, sejam respeitados os direitos dos consumidores. Defende-se a hipótese de a aplicação do CDC aos serviços regulados, sendo eles prestados pelo Estado ou por

¹⁴⁴ (...) “Ariño entiende que asistimos a un momento de transición de la concepción clásica y tradicional del servicio público en los países latinos, a la concepción del mundo anglosajón. En ese esquema, el nuevo paradigma es la idea de la cultura angloamericana de “regulación por causa de servicio público”, que en vez de partir de la estatización, lo hace la libre competencia.

Este postulado consiste en aceptar que la trascendencia social de las actividades determina y legitima el grado o intensidad del control público correspondiente. Es la doctrina judicial emanada de los “Granger Cases” en “Munn v. Illinois”, donde se dijo que “todo aquel que dedica su propiedad a un uso de interés público, confiere por ese hecho al público un interés en ese uso y debe someterse a su contralor, por el bien común, en la extensión del interés que le ha creado. “Y de ahí se interpreto, desde hace tempo, que esta doctrina importaba “la facultad del Estado de contralorear – lato sensu - todos los servicios públicos, aun cuando fueran prestados por particulares”, con una fuerte regulación, sin el interés determinar quién es el titular y no hay premio figura sin que interese determinar quién es el titular de ellos y sin que exista la figura de la concesión”. MURATORIO, Jorge I. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: *Estudios sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 111-112. (tradução livre)

¹⁴⁵ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 101-102.

concessionário ou permissionário.¹⁴⁶ Outro aspecto é que o serviço público venha para garantir o cumprimento dos direitos do consumidor. Ao se valer do poder de polícia, em uma fiscalização, poderia haver imposição de sanção ao particular por desrespeito a uma norma consumerista.

1.2.2.2. Serviço público como objeto das relações de consumo

Aplicar as normas consumeristas às atividades que regulam o serviço público, segundo Bruno Miragem, é decisão decorrente do princípio da legalidade. O artigo 22 do CDC expressamente determina essa incidência. Também o artigo 6º do inciso X é muito claro que os serviços públicos também são prestação de consumo, sendo que os consumidores desses serviços devem ser indubitavelmente tutelados pelo CDC.¹⁴⁷ Claudia Lima Marques nota que, nos dias atuais, a quantidade de reclamações de consumidores em relação a serviços regulados tais como água, energia e telefonia causam danos constantes aos consumidores, o que destaca a importância da previsão legal da tutela dos serviços públicos nos artigos acima citados.¹⁴⁸

O estudo desenvolvido até então acerca dos critérios e da necessidade de regime jurídico diferenciado, e, portanto, público, poderia levar a errônea conclusão de que o Direito do Consumidor não é aplicável aos serviços públicos. O Direito do Consumidor é ramo de direito privado, mas possui características de direito público – especialmente o fato de ser norma de ordem pública e interesse social. A complexidade dessa discussão, como afirma Fernando Costa de Azevedo, supera, na verdade, a barreira da *Summa Divisio*. A partir da

¹⁴⁶ Haveria, defende Fernando Costa de Azevedo, maior vulnerabilidade na relação de consumo em uma prestação de serviço público do que na prestação ofertada por fornecedores empresários. O contato direto e pessoal entre as duas partes no último caso pode implicar que na prática não exista desigualdade ou vulnerabilidade – ou que exista em menor grau –, ainda que a norma não o considere. No caso do serviço público, observa-se a inexistência de contato direto, a impessoalidade e a imensa desigualdade entre as partes, sendo inegável o desequilíbrio entre as partes e a imensa vulnerabilidade do consumidor. AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17-18 e apresentação.

¹⁴⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 527.

¹⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 76-77.

prática e das experiências verificadas na vida jurídica do país, observa-se a interpretação e a aplicação que é dada aos dispositivos legais.¹⁴⁹

As previsões do CDC que concernem ao Estado não o veem como integrante da relação de consumo, mas sim como facilitador e promotor dessas relações. Entretanto, num cenário em que se considera o serviço público objeto de consumo, é válido perguntar se o Estado pode ser considerado fornecedor nos termos do artigo 3º do CDC. Ademais, cabe também o questionamento acerca da repercussão para os concessionários ou permissionários, ou seja, há dúvida se, no papel de entes privados, serão fornecedores sempre, diferentemente do Estado, ou haverá transferência das características estatais de modo que só será considerada parte da relação de consumo quando o Estado – ou quem o representa – o for.¹⁵⁰

A discussão acerca de se tratar ou não de relação de consumo requer também a observância do fornecedor. Como já visto anteriormente, o conceito de fornecedor é delimitado pela remuneração, que auxilia na identificação do fornecedor na relação de consumo, indicando a existência de profissionalidade.¹⁵¹ Por isso, defende Marcelo Junqueira Calixto, quando se trata de serviço público, a definição da submissão ou não ao CDC requer a observância da remuneração. Só caracterizará relação de consumo se remunerado o serviço.¹⁵²

Importante destacar as ressalvas à afirmação anterior feitas por José Geraldo Brito Filomeno. Remuneração é conceito amplo. São considerados remuneração tanto os tributos, de forma geral, as taxas e as contribuições de melhoria, quanto pagamentos diretos feitos pelo consumidor. Como regra, quando estão inseridas em relações de natureza tributária, sua presença na prestação de serviço público já é um indício de que não se trata de relação de consumo. Diferente situação se verifica quando se trata de tarifas ou preço público, formas de remuneração que estão diretamente relacionadas com a prestação de serviço, seja pelo Poder Público, seja por concessionária ou permissionária. Nesse caso, há evidente relação de

¹⁴⁹ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 18.

¹⁵⁰ “Sobre a legislação específica ver PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 36, p. 164, out./dez. 2000, p. 164.” PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008, Nota de rodapé 7.

¹⁵¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 130, jan. 1992.

¹⁵² CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de Consumidor: breves considerações a partir de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375 e nota de rodapé 21.

consumo. No primeiro exemplo, estar-se-ia tratando de contribuintes, no segundo, de consumidores.¹⁵³

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer distingue três diferentes correntes que tratam de quais serviços públicos são submetidos ao CDC.¹⁵⁴ A primeira corrente tem como pressuposto básico o fato de sempre considerar o Estado fornecedor de serviço de consumo, independente do tipo de serviço público. São exemplos de autores que defendem essa posição: Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin e Antônio Rizzatto Nunes.¹⁵⁵ Uma segunda corrente atribui apenas a alguns serviços públicos a qualidade de objeto de relação de consumo. O CDC só incidirá sobre os serviços públicos caracterizados como específicos, divisíveis e que sejam remunerados por taxa ou tarifa. Regina Helena Costa defende esse entendimento.¹⁵⁶

A última corrente restringe a aplicação do CDC aos serviços públicos qualificados como *uti singuli* e remunerados por tarifa ou preço público. Destaque-se que nas duas últimas correntes há clara exclusão dos serviços públicos prestados mediante cobrança de impostos. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer adere a esta última corrente sob o argumento de que o artigo 3º do §2º do CDC prevê claramente a necessidade de remuneração, excluindo, portanto, de sua incidência aqueles serviços não remunerados.¹⁵⁷

A terceira corrente toma como parâmetro a teoria finalista. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer nota, primeiramente, a incidência nos serviços públicos divisíveis, impróprios ou *uti singuli*, que sejam remunerados por preço público ou tarifa. Afirma ainda que nos serviços *uti singuli* há necessidade de que o serviço vise o atendimento de necessidade pessoal do usuário, ou seja, final, não voltada para interesses comerciais. Em outras palavras, o usuário precisa ser o destinatário final do serviço sem ter finalidade lucrativa dele derivado. Exemplifica que há atividade de consumo na prestação de energia elétrica para residência, mas não para uma empresa. Nesse último caso, excepcionalmente,

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

¹⁵⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008.

¹⁵⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008; BENJAMIN, Antonio Herman. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991; NUNES, Luiz Rizzato. *Curso De Direito Do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁵⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008. Nota de rodapé 9 e COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1997.

¹⁵⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008.

será relação de consumo se verificada na relação algum tipo de vulnerabilidade. Encaixa-se nesse caso o pequeno profissional liberal que precisa do serviço de telefonia fixa, como menciona o autor.¹⁵⁸

Majoritariamente, afirma Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, doutrina e jurisprudência entendem que serão objeto de consumo os serviços públicos *uti singuli* disponibilizados no mercado, ou seja, decorrentes de relação contratual, divisível e remunerados por preço público ou tarifa.¹⁵⁹ Bruno Miragem afirma que os serviços públicos que estariam submetidos ao CDC seriam apenas aqueles prestados individualmente e mediante pagamento direto de tarifa, ou seja, serviços *uti singuli*. Não haverá incidência do CDC, entretanto, quando o serviço for prestado a toda coletividade, não sendo possível individualização e ainda pagos por tributação.¹⁶⁰

Também adere a terceira corrente Fernando Costa de Azevedo, que explica que não há como se falar em incidência do CDC nas relações tributárias pagas com impostos porque mesmo que exista uma indireta cobrança desses custos no valor final do produto ou serviço, ainda haverá diferenças entre o consumidor, aquele que remunera de forma direta, e o contribuinte.

No caso das taxas, existe divergência doutrinária sobre o assunto.¹⁶¹ Fernando Costa de Azevedo afirma que a despeito da natureza de tributo da taxa, o que poderia induzir à afirmação de que não há incidência do CDC por aparentemente se tratar de relação tributária, a maioria da doutrina e da jurisprudência vê a taxa como espécie de remuneração, coerente com o artigo 3º, §2º do CDC. Aqueles que defendem a impossibilidade da relação de consumo onerada por taxa se justificam na sua natureza compulsória decorrente de obrigação jurídica.¹⁶²

Existem, entretanto, aqueles que entendem que a taxa pode sim ser meio de remuneração em uma relação de consumo. Eles defendem que, diferentemente dos impostos, as taxas são prestações sobre a execução de serviços específicos, que podem ser mensurados.

¹⁵⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar. 2008, p. 237-241.

¹⁵⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008.

¹⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 112 e NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 220.

¹⁶¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 93.

¹⁶² AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 92-93.

Para que esse argumento prospere, há que se desconsiderar a natureza compulsória das taxas. Não sendo decorrência de livre escolha, como é toda relação de consumo, é possível se concluir pela não incidência do CDC nas relações remuneradas por taxa.¹⁶³

Leonardo Roscoe Bessa entende não haver dúvida doutrinária no que se refere à incidência do CDC nos serviços públicos. O que poderia ser controverso seriam as características do serviço público que se submete a tal norma. Por exemplo, o questionamento acerca da necessidade de remuneração direta ou se seria suficiente a remuneração indireta. A resposta, segundo o autor, requer a consideração tanto da remuneração específica do serviço quanto do entendimento do que vem a ser mercado de consumo.¹⁶⁴

O CDC é responsável pela tutela da vulnerabilidade do consumidor que é derivada de sua participação no mercado de consumo. Mercado de consumo caracteriza as situações econômicas derivadas da produção e da venda de bens e da prestação de serviços. A remuneração por esses serviços prestados pode ser feita direta ou indiretamente, em qualquer dos casos é preciso que a atividade seja desenvolvida no mercado de consumo. Leonardo Roscoe Bessa cita que não são atividades prestadas no mercado de consumo: segurança, prestação jurisdicional e iluminação. Destaque-se o fato de que o requisito essencial para excluir ou inserir o serviço da incidência do CDC é a inserção ou não no mercado de consumo. Por isso, aos serviços de educação e saúde não se aplica o CDC, independentemente da existência ou não de remuneração indireta.¹⁶⁵

Leonardo Roscoe Bessa ainda defende que não é adequada a utilização da classificação de serviços públicos para se definir a incidência do CDC em determinado serviço. Segundo ele, são características imprescindíveis do serviço público submetível ao CDC: coerência entre o valor pago e o serviço prestado – o que evidencia a busca de equilíbrio da relação comum às relações obrigacionais –, divisibilidade e mensurabilidade do serviço de modo individual.¹⁶⁶

Tanto os serviços públicos previstos no artigo 173 quanto os do artigo 175 da Constituição Federal serão submetidos às normas do CDC, já que ambos são serviços

¹⁶³ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 94-95.

¹⁶⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 100 e 102.

¹⁶⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 102.

¹⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 102-103.

disponíveis no mercado de consumo, independentemente da natureza da remuneração. Como exemplo, os serviços prestados de telefonia, transporte coletivo, energia elétrica e água.¹⁶⁷

Quando se considera que a incidência do CDC independe da natureza da remuneração e o que importa é a existência de correspondência entre o pagamento e o serviço, não se pode afirmar que o pagamento de taxa, por sua natureza tributária, exclua a incidência do CDC. É preciso verificar se existe remuneração específica, divisibilidade e mensurabilidade. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, uma afirmação geral que se pode fazer acerca do assunto é que serão submetidos ao CDC aqueles serviços que, independente da natureza da remuneração, tem pagamento feito diretamente pelo consumidor.¹⁶⁸

Para definir o papel do Estado na relação de consumo, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer ainda defende que o pagamento de tributos não seria uma forma de remuneração indireta pelos serviços prestados. Explica a total desvinculação entre impostos e serviços públicos: primeiro, porque o fato de pagar imposto não garante a utilização do serviço; em segundo lugar, pelo fato dos valores derivados da arrecadação de impostos pelo Estado não poderem ser vinculados a uma despesa pública específica. Com isso defende não ser cabível se falar em remuneração, nem mesmo indireta, por se tratar de relação tributária e não de consumo.¹⁶⁹

Aos serviços públicos que são objeto de uma relação de consumo, aplica-se não apenas às normas de defesa do consumidor, mas ainda se mantém a aplicação do regime jurídico do serviço público.¹⁷⁰ A constitucionalidade da aplicação do CDC aos serviços públicos tem como referência alguns artigos da Constituição Federal que tratam diretamente dos serviços públicos.¹⁷¹ O artigo 37, §3º trata das formas de participação do usuário na Administração Pública, além de garantir o direito de reclamação, a continuidade e a qualidade, ainda assegura acesso a registros e informações públicas fazendo expressa remissão ao artigo 5º, incisos X e XXXII da Constituição Federal.¹⁷² Em decorrência do

¹⁶⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 103.

¹⁶⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 103-104.

¹⁶⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008, p. 231-233.

¹⁷⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008, p. 237-241.

¹⁷¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008, p. 227-229.

¹⁷² CF, art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

artigo 37, §3º, inciso II da lei maior, também é possível inferir que o direito de acesso do usuário também se funda na norma consumerista.

Também o artigo 175 que atribui ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos, ainda que por intermédio de particulares – concessionárias ou permissionárias – e prevê ainda, no parágrafo único, a necessidade de lei específica que tratará do regime jurídico da empresa, dos direitos dos usuários, da política tarifária e da obrigação de manutenção de um serviço adequado.¹⁷³ Em ambos os casos, há remissão ao consumidor e a seus direitos.

Ao analisar os dispositivos constitucionais que asseguram a defesa aos direitos do usuário (artigo 37, §3º e 175, II, Constituição Federal), sua eficácia e sua função hermenêutica, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer conclui pela constitucionalidade de se considerar o serviço público, que atenda determinadas características, objeto da relação de consumo. Dentre eles, especialmente, os serviços públicos *uti singuli* e aqueles em que envolva os destinatários finais econômicos da prestação de serviço público.¹⁷⁴

A necessidade de uma previsão legal que trate dos direitos do usuário e da manutenção de serviço adequado remete também ao CDC, que traz expressamente a concretização desses dispositivos quando trata dos serviços públicos e da necessidade de se prestar serviço adequado.

O serviço público também é objeto de aplicação da norma consumerista de forma expressa em quatro momentos do CDC: 1) no artigo 3º, *caput*, quando há previsão de que pessoas jurídicas de direito público possam ser consideradas fornecedoras; 2) no artigo 4º, VII, que elenca dentre os princípios da PNRC a racionalização e melhoria dos serviços públicos; 3) no artigo 6º, X, que estabelece o direito básico de uma adequada e eficaz

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

¹⁷³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008, p. 227-229.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁷⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008, p. 227-231.

prestação dos serviços públicos; 4) no artigo 22 que traz a obrigação dos órgãos públicos (em si mesmo ou por meio de empresa outorgada) de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.¹⁷⁵

As conceituações de fornecedor e de serviços, em razão de sua amplitude, também podem abranger os serviços prestados pelo Estado, sejam eles prestados direta ou indiretamente. Marcelo Junqueira Calixto destaca que no caso de delegação, a própria lei de concessões e permissões prevê a incidência do CDC conjuntamente com outras normas aplicáveis ao caso.¹⁷⁶ André Luiz Lopes dos Santos igualmente defende a aplicação do CDC às questões relacionadas ao serviço público. Este autor deixa claro que as relações estabelecidas entre a prestadora – concessionária ou permissionária – e o usuário é relação de consumo nos termos do CDC. Qualquer conflito existente entre eles é conflito de consumo e requer a aplicação da Lei n. 8.078/90. Ainda acrescenta a observação de que, na prática, especialmente na prestação desses serviços regulados pelas Agências Reguladoras, é comum a inobservância dos direitos do consumidor por parte das concessionárias ou permissionárias de serviço público.¹⁷⁷

O STJ, segundo Leonardo Roscoe Bessa, costuma aplicar o CDC ao serviço público quando consegue identificar o consumidor como destinatário final do serviço prestado. Não definindo claramente se a natureza da remuneração deve interferir ou não nessa decisão. Em recente entendimento, o STJ manifestou ser já pacífico o entendimento de que os serviços públicos prestados por concessionárias são sujeitos ao CDC.¹⁷⁸

¹⁷⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008.

¹⁷⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de Consumidor: breves considerações a partir de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 374.

¹⁷⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 136.

¹⁷⁸ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. OFENSA AOS ARTS. 130 E 335 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RELAÇÃO ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC. ENTENDIMENTO PACÍFICO DESTA CORTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Da leitura atenta do acórdão combatido depreende-se que os artigos 130 e 335 do Código de Processo Civil, bem como as teses a eles vinculadas, não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.

2. No caso, se entendesse a agravante que o acórdão fora omisso em qualquer dos pontos suscitados na ocasião da apelação, deveria ter apresentado embargos de declaração para que o Tribunal a quo pudesse sanar possível omissão e, se essa persistisse, imprescindível que fosse o recurso fundamentado em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, razão pela qual subsiste patente a ausência de prequestionamento acerca da matéria.

3. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os serviços públicos prestados por concessionárias, como no caso dos autos, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Leonardo Roscoe Bessa acerta ao alegar a ausência de clareza no STJ quanto à importância ou não de se verificar a natureza da remuneração para definir a incidência ou não do CDC. Ao que parece, tomando como base as decisões do AgRg no REsp 856.378/MG e do AgRg no AREsp 84.014/RJ, o STJ entende que a cobrança de taxa afastaria a aplicação do CDC. Nos dois casos, ao registrar a aplicação de tarifa ou de preço público, o texto dos acórdãos expressamente se refere a não incidência de taxa no caso, o que poderia ser entendido como uma restrição à incidência do CDC. Mesmo assim, trata-se de interpretações.¹⁷⁹

4. A inversão do ônus da prova em processo, no caso de relação consumerista, é circunstância a ser verificada caso a caso, em atendimento à verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, razão pela qual seu reexame encontra o óbice na Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 183.812/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 12/11/2012)

¹⁷⁹ PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DO CDC. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ÁGUA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste omissão, nos termos do art. 535 do CPC, por ofensa aos arts. 165, 458, 535, I e II, CPC, quando o acórdão recorrido se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decisum se revelado devidamente fundamentado, apenas não adotando a tese da recorrente.

2. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de direito privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

3. O Tribunal a quo, com base na análise dos fatos e provas, concluiu que ficou configurado dano moral, em razão da falha na prestação do serviço oferecido pela concessionária, fixando o quantum reparatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que não se mostra exorbitante.

4. Somente é possível a modificação da indenização por danos morais se o valor arbitrado for manifestamente irrisório ou exorbitante, de modo a causar enriquecimento sem causa e vulnerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre no presente caso.

5. A alteração do entendimento adotado pela instância ordinária, em relação à moldura indenizatória desenhada, é tarefa inadmissível no recurso especial, por força do óbice da Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 84.014/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012)

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. AUMENTO ABUSIVO DO VALOR COBRADO. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO. PREÇO PÚBLICO (OU TARIFA). INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO CONSUMERISTA. RELEVÂNCIA SOCIAL PRESUMIDA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. ARTS. 81, P. ÚN., INC. III, E 82, INC. I, DO CDC.

1. *Após intenso debate no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, esta Corte está se adequando à jurisprudência daquele Tribunal, passando a tratar a quantia recolhida a título de prestação do serviço de esgoto como preço público (ou tarifa), e não como taxa. Precedentes.*

2. Tratando-se de tarifa, é plenamente aplicável a disciplina do Código de Defesa do Consumidor - CDC em casos de aumento abusivo.

Note-se que os interesses defendidos pelo recorrente, na hipótese, tem caráter divisível, derivando de origem comum, motivo pelo qual são enquadrados pela legislação consumerista como individuais homogêneos (CDC, art. 81, p. ún., inc. III), mas têm relevante espectro social, o que autoriza a legitimidade ativa do Parquet (art. 82 do CDC).

3. Mesmo que não se admitisse comprovado, na hipótese, o relevante interesse social, doutrina e jurisprudência são unânimes em admitir que o Ministério Público tem legitimidade ativa de interesses individuais homogêneos na seara do direito do consumidor, pois presume-se a importância da discussão para a coletividade.

De forma geral, o que prepondera é a incidência do CDC nos serviços públicos, especialmente naqueles conhecidos como serviços regulados. Essa aplicação legal revela a necessidade da atuação do Estado em defesa do consumidor também nos atos prestados pelos seus próprios agentes ou por seus representantes. A tutela administrativa do consumidor nos serviços públicos, assim como nas relações privadas, é prevista pelo CDC em forma de política pública – a Política Nacional das Relações de Consumo ou PNRC – e a partir da criação de um sistema integrado de órgãos e entidades públicas e privadas atuantes em prol do consumidor: o SNDC.

4. Agravo regimental não-provido.
(AgRg no REsp 856.378/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 16/04/2009)

CAPÍTULO 2 – TUTELA ADMINISTRATIVA E O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A análise da tutela administrativa dos direitos do consumidor perpassa instituições e institutos que foram criadas com a finalidade de dar efetividade e operacionalidade às normas do CDC. A legislação brasileira é reconhecida como uma das melhores do mundo no que tange ao consumidor, mas sua aplicação em sede administrativa é relativamente falha e, como as demais, carece de melhorias em vários aspectos e de estudos mais aprofundados.

2.1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR

A concretização das previsões constitucionais em prol do consumidor se deu com a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, tendo sido inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 861 de 09/07/93, que foi substituído pelo Decreto n. 2.181 de 20/03/97, ainda em vigor. O CDC foi muito elogiado, mas mesmo assim enfrentou (e enfrenta) problemas e possui lacunas. Conforme afirma José Maria Othon Sidou, seria utópico esperar que uma norma ou código de proteção ao consumidor fosse completo, em decorrência da variedade de situações e definições possíveis. Ademais, o próprio dia a dia acabaria trazendo novas questões não previstas, ainda que a legislação protetiva fosse subsidiada pelas mais diversas normas.¹⁸⁰

Há que se observar, consoante a exposição de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que toda a legislação que integra o microssistema jurídico de defesa do consumidor tem a mesma razão de ser e a mesma motivação: estabelecer

¹⁸⁰ Vale citar o poético trecho de José Maria Othon Sidou: “Resulta da própria definição ser utópico pretender elaborar um estatuto de proteção ao consumidor em sentido locupletíssimo, porque o cotidiano *struggle for life* se encarregaria de revelar sempre algo a prevenir, mesmo que nos subsidiassem, benéficamente coligidos e sem a ausência de um só, todos os códigos, todas as leis, todos os ordenamentos, desde os senectos monumentos legislativos de ontem aos modestos e não raro canhestros provimentos burocráticos de hoje, posto como todos são tomados no são intuito de resguardar as relações do homem coletivizado, do consumidor portanto. Quem se aventurasse, nesta ordem lógica de raciocínio, a fazer uma lei completa na espécie, correria parelha com os alquimistas do passado na busca da pedra filosofal ou com os físicos ainda hóspedes dos manicômios na cata do moto-contínuo. Este o sentido da matéria objetivamente encarado.” OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 2-3.

o equilíbrio nas relações de consumo, seja por meio do privilégio ao consumidor, o que o fortalece em relação ao fornecedor, seja diretamente limitando a atividade do fornecedor.¹⁸¹ Note-se que, ao contrário do que acontece em outros países, o foco da proteção do Direito do Consumidor é o consumidor, sujeito de direito, não o ato de consumo em si, como diferencia Adalberto Pasqualotto.¹⁸²

Ao criar uma lei que protege o interesse do consumidor, o Estado opta por um modelo de intervenção que possui características singulares. Esse modelo suplanta um sistema estritamente privado em que haveria uma espécie de autorregulação e onde imperaria a liberdade entre consumidores e fornecedores para dispor e compor acerca de seus direitos e interesses – situação em que não há preocupação com a tutela do vulnerável. Ele é baseado em normas de ordem pública que regulam a relação de consumo e que expressamente oferecem privilégios aos consumidores em vista de sua vulnerabilidade. Escolhe ainda que a tutela seja realizada por meio de um Código, um conjunto de normas sistematicamente organizadas que estabelecem as linhas gerais da proteção do consumidor no país.¹⁸³

2.1.1. A Lei de Proteção e Defesa do Consumidor

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

¹⁸² “No Brasil, Antônio Herman Benjamin suscitou a questão e desde logo justificou a opção pela funcionalidade de “direito do consumidor”, que traduz o resguardo dos interesses da pessoa dos consumidores, excluindo, por outro lado, aspectos que dizem respeito ao consumo apenas em sentido amplo, como o combate aos monopólios. (BENJAMIN, Antônio Herman. O Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 670, ago. 1991, p. 49-61 (50)). No mesmo sentido: CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8. Em Portugal, a doutrina referia-se a “direito do consumo”, não obstante e auspiciosamente, com o aplauso de Antônio Pinto Monteiro, tenha vingado no plano legislativo a expressão “direito do consumidor”, assim na Constituição portuguesa (artigos 60, 81 e 99), como na Lei de Defesa do Consumidor, seja a de 1981, seja a de 1996. (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Sobre o direito do consumidor em Portugal*. Disponível em <http://www.apdi.pt/APDI/DOCTRINA/sobre%20o%20direito%20do%20consumidor%20em%20portugal-EDCn%C2%BA4.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2009.) A designação da disciplina destaca o sujeito protegido também na Alemanha (Verbraucherschutz). Na França, persiste a nomenclatura equivocada droit de la consommation, assim como na Bélgica e na Itália, no plano legal (Codice del consumo), embora a doutrina trate do diritto del consumatore. Na Espanha prevalece, tanto na lei quanto na doutrina, derecho del consumidor. No direito saxônico de modo geral e no norte-americano fala-se, corretamente, em consumer law. Na nossa vizinhança, prevalece defesa del consumidor. Assim é nas leis da Argentina e do Paraguai. No Uruguai, a lei menciona as relações de consumo.” PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 18.

¹⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

Antes mesmo de 1988, quando foi estabelecida constitucionalmente a necessidade de se editar o marco regulatório de defesa do consumidor no Brasil, já havia sido criada uma comissão com o fim de desenvolver um anteprojeto para a norma.¹⁸⁴ Ela era formada por conhecedores do ramo e estudiosos do Direito Civil e do Direito do Consumidor. A comissão propiciou discussões públicas em torno dos mais variados temas nessa esfera consumerista.

A exposição de motivos do CDC descreve que, naquela época, havia no Brasil grande preocupação com a escassez de informações acessíveis aos consumidores e com a quantidade de acidentes de consumo decorrentes desse lapso.¹⁸⁵ A resposta veio em forma de norma: Pouco tempo depois da Constituição Federal, em 1990, foi publicado o texto final da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. A criação do CDC, segundo relata Luiz Amaral, foi resultado de longo e amplo processo de discussão que teria alcançado algo raro: consenso parlamentar. Esta lei foi uma vitória formal, afirmou o autor – já que ainda se aguardava saber como seria sua eficácia social –, derivada de uma nova ordem econômico-jurídica que se iniciava à época.¹⁸⁶

O anteprojeto do CDC sofreu influência de outros países que já possuíam leis de tutela ao consumidor, em especial França, Portugal, Espanha e Alemanha.¹⁸⁷ Foram feitos estudos sobre diversas legislações e experiências já existentes, trazendo novos institutos para o Direito brasileiro. Atualmente, a lei de defesa do consumidor brasileira é reconhecida internacionalmente e celebrada como umas das melhores normas do mundo, no que se refere à tutela dos consumidores, servindo de parâmetro para muitas outras.¹⁸⁸

A força da previsão constitucional da defesa do consumidor incide sobre a legislação que compõe o microssistema, em especial sobre o CDC, atribuindo-lhe os papéis de “descortinar os amplos horizontes da sua missão específica e ao mesmo tempo delimitar o seu

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

¹⁸⁵ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. *Exposição de Motivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Seção II, quarta-feira 3, página 1663, Maio de 1989.

¹⁸⁶ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 70.

¹⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 49. Destaque-se que, conforme relata Adalberto Pasqualotto, Espanha e Portugal já haviam inserido os direitos do consumidor no rol de direitos constitucionais. PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 13.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002, p. 99.

campo de incidência normativa, considerando a sua natureza protetiva e especial”, explica Adalberto Pasqualotto.¹⁸⁹

A Constituição Federal optou por um código para tutelar os interesses do consumidor ao invés de deixá-lo sobre a proteção de leis esparsas.¹⁹⁰ O CDC, explicam Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, permite maior coerência e homogeneidade ao ramo do Direito que por ele é regulado, possibilitando assim ser ramo autônomo. Também facilita e esclarece as opções feitas para a matéria, o que vem a auxiliar e simplificar o trabalho dos aplicadores da norma e favorecer os seus beneficiários.¹⁹¹

José Geraldo Brito Filomeno qualifica o modo de ser do CDC, ou seja, suas escolhas frente a tantas possibilidades, como “uma filosofia de ação antes de tudo”. Primeiramente, por optar por trazer as definições dos sujeitos da relação e do objeto, o que já é um indício de sua opção por um código bem direcionado e incisivo naquela esfera que quer tutelar. Também porque prevê expressamente em seu texto uma política pública, com seus instrumentos e princípios, oferecendo ao Estado um norte de atuação e afirmando que a preocupação da norma não é apenas com o consumidor, mas também com a harmonização das relações de consumo.¹⁹²

As interpretações variam sobre o objeto do CDC. Diferentemente de José Geraldo Brito Filomeno – que, como visto, entende que essa legislação busca primordialmente uma harmonização das relações consumeristas¹⁹³ – Claudia Lima Marques acredita que a ideia

¹⁸⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 24.

¹⁹⁰ Destaque-se a alusão feita por Adalberto Pasqualotto a alguns doutrinadores, embora minoria, que defendem que a Lei n. 8.078/90 não é um código. Assim explica na nota de rodapé 98: “Afirmando que se trata de uma Lei de Defesa do Consumidor, v.g.: Andrade, Fábio Siebeneichler. Da codificação: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 137. Também em posição crítica, por considerar que “a expressão ‘código’ é um tanto quanto démodé” e ao mesmo tempo contraditória, pois se o CDC constitui norma especial não subsiste mais a ideia de um único código para cuidar de toda a vida privada do cidadão, conforme a concepção oitocentista: RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 58, abr.-jun. 2006, p. 75- 97 (80).” PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 29.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6-7.

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

¹⁹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42-43.

principal defendida pelo CDC é a proteção do consumidor, seja qual for a definição que se dê para ele e seja qual for a relação em que ele se envolva.¹⁹⁴

O CDC surge como decorrência das lutas iniciais por melhores salários e condições trabalhistas e veio também como resposta às demandas por um novo tipo de igualdade, qual seja, a igualdade material, a ser aplicada nesse novo ramo do direito privado.¹⁹⁵ Adalberto Pasqualotto destaca que a defesa do consumidor, como direito protetivo, não desrespeita o princípio da igualdade. É, na verdade, instrumento de realização desse princípio. A concretização da igualdade é objetivo do Direito do Consumidor, sendo aplicada por meio da justiça distributiva.¹⁹⁶ José Reinaldo de Lima Lopes explica que para se falar em justiça distributiva no CDC, é preciso identificar algo que seja comum a ser distribuído. Postula assim que as obrigações (ônus) e os direitos (bônus) são distribuídos entre as partes da relação de consumo e que se por muito tempo os benefícios foram direcionados para os fornecedores, a ideia do Direito do Consumidor é refazer essa distribuição, agora em benefício do consumidor, que já é presumivelmente vulnerável na relação.¹⁹⁷

A justiça distributiva também é objeto do estudo de John Rawls. Segundo ele, a principal dificuldade de se implantar uma justiça distributiva é a seleção de um sistema social. Os princípios da justiça distributiva modificam a estrutura básica desse sistema e passa a regular o modo como as instituições pertencentes ao sistema se combinam internamente. É preciso que o sistema seja estruturado pensando na forma como será realizada a distribuição a fim de que ela seja justa. Requisitos indispensáveis para que isso ocorra são as instituições políticas e jurídicas consideradas adequadas para esse modelo.¹⁹⁸ O que, conforme será visto adiante, passa a ser questão imprescindível para determinar a efetividade do SNDC.

O caráter de ordem pública e de interesse social que lhe é conferido no artigo 1º traduz uma perspectiva de conteúdo que reflete a importância do texto legal para a sociedade como

¹⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 46.

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 46-47 e 55.

¹⁹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 8-9.

¹⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 41, p. 140, Jan / 2002, p. 145.

¹⁹⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 342.

um todo.¹⁹⁹ Segundo Claudia Lima Marques, as normas de ordem pública são aquelas que, a despeito de serem normas de direito privado, referem-se a “valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica” e que refletem interesse público nos direitos que tutela.²⁰⁰

Paulo Valério Dal Pai Moraes observa a existência de várias “ordens públicas” e nota ainda que a norma, em qualquer caso, terá sentido de algo determinado e imposto em função de sua relevância social, visando a concretização ou prevenção de uma conduta. Por ser norma de ordem pública, é também assegurada a inafastabilidade de direitos e garantias.²⁰¹ Os direitos e garantias nela contidos são inafastáveis em vista da manutenção da ordem econômica para quem a defesa dos direitos do consumidor é essencial.²⁰² A indisponibilidade do CDC é meramente expressa a partir do dispositivo legal do artigo 1º, sendo verdadeiramente constituída com a qualificação de direito fundamental atribuída pela Constituição Federal.²⁰³ A compreensão do consumidor como parte de um contexto fundamental para a ordem econômica é que não permite dispor desses direitos.²⁰⁴ Paulo Valério Dal Pai Moraes ainda complementa que normas de ordem pública seriam aquelas que direcionam condutas sob uma lógica sistêmica e tópica, voltadas para a relevância social do caso e considerando elementos contextuais políticos, econômicos e humanos.²⁰⁵

A lei de defesa do consumidor é também caracterizada como norma principiológica, e apresenta, concomitantemente, a previsão de formas de efetivação dos princípios. Esta norma operacionaliza seus princípios por meio de propostas, como a criação de órgãos estatais e de

¹⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137.

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008, p. 353.

²⁰¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137-141.

²⁰² MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 46.

²⁰³ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 25.

²⁰⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137-141.

²⁰⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137-141.

entidades privadas visando a defesa do consumidor, o desenvolvimento de políticas e a organização de um sistema que garantiria a participação do Estado nessa defesa. Na mesma esteira, foram criadas delegacias, varas e promotorias especializadas na defesa do consumidor para atuar na solução de litígios e na repressão às infrações penais de consumo, nos termos do artigo 5º do CDC. A lei também incentiva os próprios consumidores a se organizarem e a criarem associações de defesa de seus interesses. A promoção desse tipo de organização e o incentivo para que o Estado atue concretamente marcaram o texto original da norma que veio para operacionalizar as previsões constitucionais em favor do consumidor.

Há que se destacar outras características do CDC, como o fato dele compor um microsistema e, por isso, ser organizado internamente de forma sistêmica visando a melhor aplicação dessas normas e devendo ser assim interpretado; o fato de ter concomitantemente características de ramo de direito privado e de direito público, pois traz normas que regulam tanto as relações particulares quanto as públicas; destaca-se ainda sua função social, pois, conforme afirma Claudia Lima Marques, a tutela dessas normas geram maior interesse social do que particular;²⁰⁶ por fim, sua multidisciplinariedade, já que o CDC contém normas de direito material e processual podendo ser analisado sob a ótica de diferentes ramos do Direito.

Antes mesmo da edição do CDC, José Maria Othon Sidou destacou como essencial característica a generalidade. Em vista de norma de tão grandes pretensões, ele entendia que era imprescindível que as normas previstas na lei de tutela aos consumidores fossem generalistas. Com isso, visava atingir um número maior de situações, já que seria quase impossível a previsão de todos os possíveis acontecimentos no mundo dos fatos.²⁰⁷ Hoje se pode constatar a generalidade como uma das características do CDC.

Na legislação brasileira, há que se destacar a tutela judicial e administrativa do consumidor. A tutela judicial é aquela em que o cidadão que se sente lesado no seu papel de consumidor pede a manifestação jurisdicional de modo a assegurar que seus direitos sejam respeitados. Observou-se no Brasil que ao longo dos primeiros anos de vigência do CDC, a atuação do Poder Judiciário foi preponderante e graças a esse desempenho, os direitos dos consumidores se firmaram e foram legitimados. Em outras palavras, a aplicação das normas de proteção ao consumidor e a garantia dos direitos nelas previstos foram tarefas majoritariamente concretizadas judicialmente. A lei estabelece direitos básicos (artigo 6º) que

²⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 46-47 e 55.

²⁰⁷ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3-4 e 6.

permitem a tutela jurídica dos interesses do consumidor, destaque-se dentre eles, sob o âmbito processual, o amplo acesso à justiça e a inversão do ônus da prova como meio de facilitação de sua defesa.²⁰⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a principal previsão constitucional que visa tutelar e assegurar o exercício dos direitos fundamentais é a existência do Poder Judiciário.²⁰⁹ No que se refere à defesa do consumidor, trata-se do Poder que mais têm atuado nesse sentido, desde antes da criação do CDC.

A tutela administrativa dos direitos do consumidor é prevista no CDC em três momentos diferentes: primeiro quando trata da Política Nacional das Relações de Consumo, depois quando estabelece as sanções administrativas a serem aplicadas em caso de infrações às normas que tutelam o consumidor e, por fim, quando cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. A PNRC é prevista nos artigos 4º e 5º e que trazem os princípios e os instrumentos que deverão reger essa política. As sanções administrativas são tratadas nos artigos 55 e seguintes do CDC. O SNDC é previsto nos artigos 105 e 106 da Lei n. 8.078/90. O primeiro deles trata dos órgãos e entidades públicas e privadas que integram o sistema. No artigo seguinte, é estabelecida a existência de órgão federal responsável pela coordenação da PNRC e do SNDC e são atribuídas suas competências. A Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon – é atualmente o órgão federal responsável pela coordenação do SNDC e pela Política Nacional de Defesa do Consumidor.

A tutela jurídico-processual do consumidor abrange tanto os direitos do indivíduo quanto da coletividade. O CDC, ao tratar da tutela coletiva, veio em uma onda de inovação seguindo a esteira da Constituição Federal de 1988, que previa em diferentes aspectos essa proteção da coletividade. A própria lógica do CDC, que cuida de problemas de um grupo muito significativo e sua preocupação com tutelar direitos da sociedade de massa, já revela seu interesse pela tutela coletiva. Nesse âmbito, o CDC trata dos direitos transindividuais – difusos e coletivos – e dos direitos individuais homogêneos.²¹⁰

Essa não foi a única forma de defesa trazida pela Constituição Federal e pelas normas de proteção do consumidor. Também houve a previsão da atuação do próprio Estado em defesa dos consumidores. Essa tutela administrativa se daria tanto para prevenir ingerências do governo e de seus agentes, garantindo que estes atuem positiva e negativamente na defesa

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 450-457.

²⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 447-448.

do consumidor, quanto se valendo de seu poder de coerção, impondo os direitos do consumidor aos fornecedores, especialmente por meio do sancionamento daqueles que ilicitamente contrariarem estes direitos e garantias. A previsão legal e constitucional da tutela administrativa, conforme explica Adalberto Pasqualotto, serviu de incentivo para que o consumidor se sentisse menos vulnerável frente ao fornecedor disponibilizando o acesso a órgãos públicos a quem poderia se socorrer em caso de conflito de consumo. A defesa administrativa do consumidor colocou o Estado à disposição do cidadão.²¹¹

O CDC, a despeito da qualidade do seu texto e dos diversos benefícios e direitos que conseguiu implementar para os consumidores, enfrenta inúmeras limitações e restrições a sua aplicabilidade. Isso dificulta o sucesso na consecução dos princípios e objetivos nele previstos.²¹² Todas as normas de proteção ao consumidor, inclusive o CDC, foram muito desrespeitadas e combatidas. Essas repetidas violações seriam possivelmente compreendidas como um reflexo da falta de percepção da importância dos consumidores para a economia.²¹³

O problema de efetividade do CDC²¹⁴ – e das demais normas que tutelam o consumidor – pode ser verificado a partir das informações fornecidas em 2009, por Adalberto Pasqualotto em comparação com os dados recentemente divulgados pelo Ministério da Justiça. À época, as empresas fornecedoras dos serviços de telefonia eram responsáveis por grande número das reclamações dos consumidores chegando a atingir, segundo relata, 57% de todas as reclamações aos órgãos membros do SNDC.²¹⁵ No ano de 2012, os serviços de telefonia continuam como o que mais gerou reclamações fundamentadas, ainda que essa

²¹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2.

²¹² SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 135.

²¹³ “As repetidas violações ao Código de Defesa do Consumidor podem ser justificadas pelo fato de muitos setores ainda enxergarem o consumidor unicamente como um elo econômico na cadeia produtiva. Tal visão faz com que os fornecedores busquem apenas o lucro e deixem a desejar no tocante ao respeito dos direitos e garantias dos consumidores. Ocorre que, o consumidor moderno deseja cada vez mais obter produtos e serviços de qualidade, não podendo ser visto desta forma.” MENDES, Daniel. *O Direito do Consumidor fará a economia crescer solidamente*. Disponível em: www.brasilcon.com.br. Acesso em: 09.08.2012.

²¹⁴ Destaque-se, a visão contrária de Amanda Flávio de Oliveira. Para a autora, muito foi alcançado com a lei de proteção ao consumidor. Mesmo persistindo os abusos, ela entende que a estrutura trazida pelo CDC tem capacidade para enfrentar esses problemas e vê como exitosa e adequada à realidade brasileira a política nacional de proteção ao consumidor. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

²¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 43-44.

porcentagem tenha diminuído e se distribuído entre outros serviços, como observa-se na tabela do anexo A.

A mesma tabela também mostra que só a telefonia celular, fixa, os aparelhos celulares, TV por assinatura e internet, que são serviços e produtos prestados e fornecidos por empresas concessionárias – exceto os celulares, que também podem ser vendidos por particulares – e que fazem parte de uma mesma área de regulação (telecomunicações), representam 25,93% das reclamações no ano de 2012. Outros serviços regulados que estão dentre os mais problemáticos são energia elétrica e planos de saúde, que totalizam 4,25%.

Também servem de referência para confirmar a inefetividade do CDC os números apresentados em 2009 por Adalberto Pasqualotto descrevendo o número de órgãos de defesa do consumidor nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul. Segundo o autor, no estado do Rio Grande do Sul – reconhecidamente uma das maiores escolas de Direito do Consumidor do Brasil –, em 2009, só havia órgãos públicos que tutelassem os interesses dos consumidores em 59 dos 494 municípios do estado. No estado de São Paulo – onde surgiram as primeiras manifestações estatais de tutela ao consumidor no Brasil –, existiam (em 2009) apenas 210 Procons municipais para 645 municípios. Mesmo assim, tratava-se do mais alto índice de órgãos por município do Brasil.²¹⁶ Atualmente, em São Paulo, existem 240 órgãos de defesa do consumidor instalados em municípios diferentes, sendo que o estado ainda possui o total de 645 municípios.²¹⁷ No estado do Rio Grande do Sul, existem hoje 68 Procons municipais.²¹⁸

Conforme observou-se na tabela do anexo A, os serviços prestados por concessionárias estão entre os que mais recebem reclamações. É tarefa do Estado supervisionar essa atuação problemática não apenas por ser concedente e manter a titularidade sobre esses serviços, mas também por ser incumbido de tutelar administrativamente os direitos do consumidor.

²¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 45.

²¹⁷ Dados obtidos no site da Fundação Procon SP. Disponível em: < <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1239>>. Acesso em: 02 dez. 2012. E também no site da Biblioteca Virtual do estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.biblio.tecavirtual.sp.gov.br/especial/201204-saopaulo.php>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

²¹⁸ Dados obtidos no site do Procon RS. Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/portal/index.php?menu=locais_lista>. Acesso em: 02 dez. 2012.

2.1.2. Tutela Administrativa do Consumidor

Historicamente, a despeito da inexistência de Direito do Consumidor propriamente dito, essa defesa administrativa já era parte da preocupação do Estado. José Reinaldo de Lima Lopes relata que no século XVIII existia um tipo de polícia de consumo, da qual faziam parte os almotacés (que seriam oficiais administrativos, agentes). No século XX, foi criada a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) com o mesmo papel. Ambos atuaram regulando o mercado de modo geral – sem especificar um tipo de produto – e nas várias esferas estatais.²¹⁹

A previsão constitucional que impõe ao Estado a defesa do consumidor no artigo 5º, inciso XXXII é a primeira manifestação legislativa de criação da tutela administrativa do consumidor. Essa tutela também é centrada no estabelecimento de diretrizes legais. O CDC entrou em vigor com esse intuito e deu destaque à atuação do Estado e à criação de uma estrutura que permitisse a realização dessa tutela. A PNRC – Política Nacional das Relações de Consumo –, o SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – e as sanções administrativas são a base dessa tutela no CDC. Tudo isso em âmbito federal.

Na esfera estadual, a estrutura é organizada pela legislação local. Lucia Rêgo descreve os Procons como órgãos administrativos responsáveis pela tutela direta dos interesses e direitos do consumidor nas unidades federativas e municípios. Ou seja, sua função precípua é dar efetividade direta à norma de proteção ao consumidor no seu território de atuação.²²⁰

Os deveres do Estado perante os consumidores, detentores de proteção de direito fundamental, não se limitam à criação do CDC. Outros elementos positivos, como a execução da PNRC, e negativos, como o sancionamento às infrações contra as relações de consumo, também incumbem ao Estado e compõem o rol de direitos decorrentes da previsão constitucional da defesa do consumidor.²²¹

²¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

²²⁰ RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor*: Regulamentação Estatal. São Paulo: RT, 2007, p. 39-40.

²²¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 26.

Toda a estrutura institucional e normativa foram os instrumentos conferidos ao Poder Público para que ele pudesse garantir a tutela do consumidor administrativamente.²²² É imprescindível conhecer bem cada um deles para que se compreenda a estrutura administrativa criada no país. José Reinaldo de Lima Lopes nota que a organização dos órgãos, entidades e agentes que atuam na defesa do consumidor reflete muito mais do que meramente a forma de estruturação administrativa, representa não apenas como se constituiu o Estado, mas também sua sociedade, o modo de distribuição de poder, a intervenção ou não do Estado no domínio econômico, dentre outros.²²³ Em outras palavras, a organização administrativa do Estado reflete a sociedade e seu modo de ser. Essa constatação leva a observar de forma diferente a estrutura administrativa atual, que apresenta uma sociedade que quer ser organizada, que se estrutura em sistemas e políticas, que distribui o poder para que não haja concentração, mas que tem pouco retorno prático como consequência disso. Prova disso foi a previsão legislativa de política pública que seria responsável pela garantia da defesa do consumidor nas mais variadas esferas: a Política Nacional das Relações de Consumo - PNRC.

2.1.2.1. A PNRC: Princípios e Instrumentos

A PNRC é uma política pública para defesa do consumidor e das relações de consumo prevista nos artigos 4º e 5º do CDC. O artigo 4º traz os objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público e os princípios que devem ser respeitados por ele para o estabelecimento da política. O artigo seguinte trata dos instrumentos que viabilizarão a sua realização, ou seja, os órgãos com os quais o Estado contará para a execução da política. A norma fornece não somente a política a ser implementada, mas também os elementos necessários para sua bem-sucedida efetivação.

Claudia Lima Marques descreve o artigo 4º afirmando que se trata de norma narrativa, que apresenta os objetivos da lei e assim viabiliza a interpretação da norma como um todo e a

²²² RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor: Regulamentação Estatal*. São Paulo: RT, 2007, p. 87.

²²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

compreensão dos princípios que a norteiam.²²⁴ Toda a política prevista no CDC para tutelar as relações de consumo é pautada na atuação do Estado, por isso, os princípios trazidos nos incisos do referido artigo delineiam a atuação estatal como promotor da defesa (artigo 4º, incisos I, III, IV, V e VIII, CDC), como garantidor da defesa (artigo 4º, incisos II e VI, CDC) ou mesmo como realizador da defesa, também como parte da relação (artigo 4º, inciso VII, CDC).

José Geraldo Brito Filomeno reitera a busca pela harmonia sistêmica ao apresentar os princípios que deverão reger toda e qualquer relação de consumo. Para ele, destacam-se alguns princípios e elementos. A vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I, CDC) é atribuída ao consumidor em decorrência de sua submissão aos responsáveis pela produção e comercialização dos bens de consumo. A Constituição Federal previu a necessidade de resguardar o consumidor ao prever a sua defesa como direito fundamental e princípio da ordem econômica. Para que isso tenha aplicação prática, o CDC estabelece a necessidade de que haja facilidade de acesso aos meios de defesa, individual e coletiva, criando mecanismos como a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva. Justifica-se essa postura de encarar o consumidor como presumivelmente mais fraco, a partir dos vários óbices que comumente impedem a rápida e bem sucedida solução de conflitos de consumos, tais como a morosidade da justiça, seus custos, além da comum superioridade econômica e informacional do fornecedor, especialmente no que concerne às questões específicas do bem ou serviço objeto da relação de consumo.²²⁵

Em seu artigo 4º, II, o CDC destaca a ação governamental na proteção do consumidor.²²⁶ A norma consumerista promove essa ação, buscando estimular o Estado a

²²⁴ Explica Claudia Lima Marques: “O art. 4º do CDC é norma narrativa, expressão criada por Erik Jayme para descrever estas normas renovadoras e abertas, que trazem objetivos e princípios, e evitar de chama-las de normas-programa ou normas programáticas, que não tinham eficácia prática e por isso não eram usadas. Note-se que o art. 4º do CDC é um dos artigos mais citados deste Código, justamente porque resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia em um só artigo valorativo e que traz os objetivos do CDC. ‘As normas narrativas’ como o art. 4º, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, ‘iluminar’ todas as outras normas do microsistema. Elas aplicam-se como inspiração, guia, teleologia, indicando o caminho, o objetivo. Daí a importância do art. 4º do CDC.” BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 54 e 65.

²²⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73-74.

²²⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

atuar tanto por meio de políticas públicas quanto por meio de órgãos públicos que incentivem, privilegiem e tutelem as relações de consumo. A PNRC cria uma estrutura governamental que auxilia na organização do Estado para que, além de promover, também atue direta e ativamente na defesa do consumidor, se valendo dos princípios para nortear sua movimentação.

Essa ação governamental também afeta o incentivo à participação dos consumidores e as formas de intervenção. Além de atuar na defesa, o Estado deve igualmente estimular os consumidores a se associarem com essa finalidade. As associações civis receberão incentivos do Poder Público para agirem na defesa de seus direitos, em respeito ao princípio da ação governamental. Outra forma do Estado implementar esse princípio é por meio de intervenção no mercado, o que o faz por meio de entidades públicas como o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e o INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Em suma, o artigo 4º, II atribuiu ao Estado diferentes obrigações envolvendo a regulação do mercado, o incentivo a associações representativas e a garantia do respeito a padrões adequados nos bens e serviços prestados e comercializados (artigo 4º, II, CDC).²²⁷

O princípio seguinte determina a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (artigo 4º, inciso III, CDC). Esse princípio envolve a necessidade de equilíbrio de interesses antagônicos – “o equilíbrio entre a tutela do mais fraco e a liberdade do mais forte” – e, por isso, é difícil de ser implementado.²²⁸ José Geraldo Brito Filomeno sugere três caminhos para sua eficaz implementação: o “marketing” de defesa do consumidor, a “convenção coletiva de consumo” e o *recall*.²²⁹

Adalberto Pasqualotto dá ênfase à criação das convenções coletivas de consumo. A legitimação para convencionar é conferida às associações de consumidores e de fornecedores,

²²⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74-79.

²²⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 37.

²²⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79-86.

além dos sindicatos da categoria econômica. Pode ser objeto de convenção coletiva de consumo o interesse em determinar “condições de preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços”. Segundo o autor, trata-se de instrumento de significativo alcance, mas que, na prática, não é utilizado. Poderiam ser evitados conflitos nas relações de consumo se o fossem.²³⁰

Também devem ser promovidas a educação e a informação dos consumidores (artigo 4º, inciso IV, CDC). Para Adalberto Pasqualotto, neste inciso tem-se mais uma meta ou objetivo a ser alcançado do que um princípio.²³¹ Compete aos diferentes órgãos ou entidades, públicos e privados, que protegem o consumidor observar esse dispositivo e, ao mesmo tempo, se valer dele para direcionar suas políticas e para prestar contas de sua atuação perante a sociedade.²³² Há que se atentar para o fato de que o presente inciso se refere à obrigação do Estado de informar e formar, o dever de informação do fornecedor é previsto no artigo 6º, inciso III do CPC.²³³

No que se refere à educação, destaque-se a importância que ganhou a disciplina de Direito do Consumidor nas academias nas últimas décadas.²³⁴ Ressalte-se também o enfoque na informação ao consumidor assumido pelos órgãos de defesa, especialmente pela confecção de cartilhas e de materiais que servem para informar e conscientizar o consumidor. Na prática, o Estado cumpre este inciso de várias formas: indiretamente, promovendo instrumentos educativos e informativos e também cobrando dos fornecedores que cumpram seu dever de informação; diretamente, pela introdução de temas relacionados ao consumo no currículo

²³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 41.

²³¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 38.

²³² FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86-89.

²³³ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 38.

²³⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86-89.

escolar, o que ainda não foi implementado pela maioria das escolas, como informa Adalberto Pasqualotto.²³⁵

Um princípio importante destacado no artigo 4º é o que prevê incentivo à criação (pelos fornecedores) de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (artigo 4º, inciso V, CDC). A qualidade está relacionada não apenas ao atendimento de patamares mínimos na fabricação de um produto ou prestação de um serviço, mas especialmente à satisfação do consumidor. Por isso, os próprios fornecedores vêm buscando meios de se aliar aos consumidores na busca da melhor qualidade. Com esse intuito, os Serviços de Atendimento ao Consumidor – SAC – foram criados, estimulando a denúncia contra aqueles que violassem os direitos do consumidor.²³⁶

A experiência com os SACs gerou pouca melhoria real para o consumidor. Adalberto Pasqualotto inclusive elogia a intenção, mas confirma que, na prática, pouco foi feito nesse sentido. Relata que em muitas das empresas, os SACs se tornaram serviços “burocráticos, procrastinadores e não confiáveis”. Descreve ainda como piores os casos em que o atendimento é feito somente por telefone, o que deu origem ao Decreto Federal n. 6.523/08, que, segundo o autor, não foi implementado de forma pacífica nem é amplamente obedecido.²³⁷

De volta ao artigo 4º do CDC, o inciso VI trata da coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive da concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (artigo 4º, inciso VI, CDC). Adalberto Pasqualotto explica que este inciso se refere a questões paralelas ao tema principal (defesa do consumidor), mas que sobre ele têm repercussões significativas. No que se refere à concorrência, esclarece que se, por um lado, precisa ser encorajada, já que é imprescindível

²³⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 38.

²³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89-91.

²³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 39.

para que haja liberdade de mercado; por outro, precisa ser controlada dentro dos limites da ética, de modo a respeitar os concorrentes e o consumidor.²³⁸

Consta ainda do artigo 4º o princípio que trata da necessidade de racionalização e melhoria dos serviços públicos (artigo 4º, inciso VII, CDC), já que os serviços prestados pelo Poder Público precisam ter a mesma qualidade que se exige dos agentes particulares.²³⁹

O princípio previsto no inciso VIII do artigo 4º determina a realização de estudo constante das modificações do mercado de consumo. Este é meio de manutenção da dinamicidade da PNRC, como explica Adalberto Pasqualotto. O fato do mercado estar em constante movimento requer da legislação de defesa do consumidor instrumentos igualmente dinâmicos que possam se adequar às características do mercado e assim ganhar efetividade. Com esse intuito de criar instrumentos dinâmicos, foi criada a PNRC, que é, afirma o autor, instrumento indispensável para que o CDC se mantenha no mesmo passo que o mercado.²⁴⁰

Como foi possível notar, a política existente no CDC traz princípios que regem e direcionam a atuação do Estado na tutela do consumidor. O especial destaque dado ao Estado tem a finalidade de envolvê-lo e vinculá-lo para que os consumidores sejam protegidos e possam se socorrer dele com mais facilidade. Essa política também cria uma estrutura que organiza as instituições estatais. Na sequência, o artigo 5º traz os instrumentos ou meios que serão utilizados para dar concretude à política, defendendo os consumidores e harmonizando as relações de consumo.

O primeiro deles é a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente. Esse instrumento, que também é garantia constitucional, é efetivado, em regra, pelas Defensorias Públicas (artigo 5º, I, CDC). Adalberto Pasqualotto afirma que, na indispensável tarefa de promover a assistência jurídica para o consumidor carente, houve

²³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 39.

²³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89-118.

²⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 34.

avanço no Brasil, especialmente graças à criação e ao trabalho desempenhado nas Defensorias Públicas.²⁴¹

Também as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor são meios eficazes tanto na defesa individual quanto coletiva do consumidor (artigo 5º, II, CDC). Como regra, existem um ou mais promotores que atuam exclusivamente na defesa dos interesses do consumidor nas capitais de cada estado brasileiro. Nas cidades do interior, por outro lado, essa atribuição costuma ser exercida pelo mesmo representante do Ministério Público que é responsável por outras áreas.²⁴²

Outros instrumentos de defesa previstos são as Delegacias de Polícia especializadas no atendimento de consumidores e vítimas de infrações penais de consumo (artigo 5º, III, CDC). A despeito da previsão legal, nem todas as cidades brasileiras possuem delegacias que atendam especialmente às demandas do consumidor. Brasília é um exemplo de cidade que possui essa delegacia especializada.²⁴³

O Poder Judiciário é a quem cabe naturalmente resolver os conflitos em que estejam envolvidos os direitos e interesses do consumidor.²⁴⁴ O artigo 5º em seu inciso IV determina que sejam criadas Varas Especializadas e Juizados Especiais para atuarem na solução de litígios de consumo (artigo 5º, IV, CDC). Apesar da disposição legal, no mundo dos fatos, a maioria dos Estados não criou as varas e os juizados especiais especializados na tutela do consumidor, relata Adalberto Pasqualotto. A principal desvantagem de se adotar órgãos judiciais especializados é a discussão acerca da competência. Como se trata de competência absoluta, caso seja questionada, deveria haver prévia (e normalmente longa) discussão acerca da competência do juízo, o que acaba atrapalhando o bom andamento dos processos. A sugestão de Adalberto Pasqualotto é a criação de varas preferenciais.²⁴⁵

²⁴¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 40.

²⁴² BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 48.

²⁴³ BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 52.

²⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 59.

²⁴⁵ Explica Adalberto Pasqualotto: “A mesma inconveniência não se verifica com a criação das varas preferenciais, pois nestas a competência não é exclusiva. As varas preferenciais podem atender em regime de as ações coletivas – não apenas de consumo – distribuindo-se as singulares entre todas as demais. Essa providência especializa os magistrados e não determina problemas de competência.” PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009.

Quando o CDC criou a PNRC, ele também quis que os consumidores fossem parte dessa estrutura, por isso previu a concessão de estímulo à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. Determinou que o Estado fomentasse a instituição, a manutenção e o crescimento de Associações com essa finalidade (artigo 5º, V, CDC).²⁴⁶

Luiz Amaral defende que a união dos consumidores pode ser mais forte que o próprio Estado na defesa dos seus interesses.²⁴⁷ Por isso, é preciso enfatizar que aos particulares também compete a luta. Essa atuação deve se dar especialmente por meio de associações por meio das quais os consumidores agem de forma organizada em busca de finalidades pré-determinadas e específicas, concernentes a essa tutela. Dentre as associações civis, destaca-se o papel desempenhado pelo BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – na divulgação e promoção dos estudos de Direito do Consumidor²⁴⁸.

José Geraldo Brito Filomeno também ressalta o papel da comunidade na defesa e proteção do consumidor, tanto atuando como promovendo e estimulando a ação individual e estatal no mesmo sentido. O consumidor não tem consciência de seu poder, se o tivesse, poderia depender menos do Estado e ainda seria melhor defendido, garantindo seus direitos constitucional e legalmente estabelecidos.²⁴⁹

Conforme foi descrito, o CDC e as demais normas que tutelam o consumidor formam um microssistema. Observa-se pelo estudo dos primeiros artigos do CDC que se trata de um microssistema integrado e que esses artigos trazem regras indispensáveis para o bom funcionamento e a efetividade do sistema como um todo. Esse microssistema de defesa do

Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 42.

²⁴⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 119-138.

²⁴⁷ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 74-75.

²⁴⁸ Leonardo Roscoe Bessa descreve o papel do BRASILCON: “Não se trata propriamente de um órgão de defesa do consumidor, mas de associação civil de âmbito nacional, de caráter científico, técnico e pedagógico, sem fins lucrativos ou filiação partidária, que possui, entre outros, os seguintes e relevantes objetivos: promover a implementação dos direitos do consumidor; buscar a harmonização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico-social, sempre com vistas à realização de um mercado transparente e justo; realizar atividades de pesquisa, estudos, elaboração, coleta e difusão de dados sobre a proteção do consumidor; prestar assessoria técnico-científica a outras associações de consumidores, aos órgãos públicos e às entidades privadas, que, direta ou indiretamente, estejam envolvidas com a questão da valorização do consumidor.” BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 54.

²⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73-74.

consumidor é também permeado por princípios que norteiam a interpretação e aplicação das normas. No caso do Direito do Consumidor, existem ainda princípios específicos, previstos na lei para orientar o funcionamento da PNRC. Dentro desse microssistema, alguns princípios adquirem relevante destaque como normas gerais que se aplicarão a toda a legislação consumerista. Em evidência, a importância dos princípios da vulnerabilidade, para a sustentação de toda a defesa do consumidor, e da boa-fé objetiva, no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁵⁰

2.1.2.2. Princípio da Vulnerabilidade e Princípio da Boa-fé Objetiva

O princípio motor do desenvolvimento dos direitos do consumidor é a vulnerabilidade.²⁵¹ José Geraldo Brito Filomeno afirma ser a vulnerabilidade do consumidor a pedra de toque do Direito do Consumidor, juntamente com a característica de destinatário final e a finalidade não profissional para o objeto.²⁵²

Claudia Lima Marques define vulnerabilidade como uma condição, definitiva ou não, específica ou geral, que torna um indivíduo mais frágil que outros. Quando o indivíduo é considerado vulnerável, as relações que ele estabelece com não vulneráveis podem ser vistas como em desequilíbrio. A lei tutela o consumidor com intuito de reestabelecer, dentro do possível, a igualdade entre as partes e o equilíbrio naquela relação. A existência de vulnerabilidade sinaliza para a legislação a necessidade de proteção.²⁵³ O fenômeno da vulnerabilidade, segundo defende Paulo Valério Dal Pai Moraes, é pré-jurídico, estando sempre presente na existência humana como parte da realidade social. No contexto presente, entretanto, tem maior destaque a existência de tal fenômeno.²⁵⁴

²⁵⁰ Vide: SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁵¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁵² FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11.

²⁵³ MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87-88.

²⁵⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

A relação existente entre os direitos do consumidor e a cidadania dá abertura para se discutir a possibilidade de se defender uma raiz constitucional ao princípio da vulnerabilidade.²⁵⁵ Autores que enxergam na Constituição Federal indicativos da vulnerabilidade para justificar o tratamento diferenciado aos consumidores, o atribuem também como reflexo da proteção à dignidade da pessoa humana e da aplicação dos direitos fundamentais.²⁵⁶

Um aspecto relevante do princípio da vulnerabilidade é a sua direta derivação do princípio da igualdade, de acordo com o que afirma Paulo Valério Dal Pai Moraes. A manutenção da situação de desigualdade que viola o princípio da igualdade cria a vulnerabilidade. A busca pela concretização do princípio da isonomia – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na proporção da sua desigualdade²⁵⁷ – serve de base para justificar a existência do CDC e de todos os seus princípios e instrumentos.²⁵⁸ A doutrina e reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça têm propagado a lógica que ressalta a vulnerabilidade como elemento imprescindível para que se aplique as normas consumeristas.²⁵⁹

Mary Douglas e Baron Isherwood notam que, na sociedade de consumo atual, as escolhas dos consumidores não são feitas de forma aleatória e que por trás de cada comportamento existem representações sociais que superam a mera relação comercial e a liberdade de escolha.²⁶⁰ Isso significa que os consumidores não são totalmente livres quando escolhem ou adquirem bens e serviço de consumo, ainda que não estejam cientes disso. Essa, entretanto, é apenas uma das facetas da vulnerabilidade.

²⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

²⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

²⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 30-31.

²⁵⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125 e 127.

²⁵⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de Consumidor: breves considerações a partir de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

²⁶⁰ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Tradução Plínio Dentizien. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

É preciso observar a existência de diferentes graus de desigualdade e, consequentemente, diferentes tipos de vulnerabilidade.²⁶¹ A vulnerabilidade pode ser tanto em relação ao conhecimento do produto, quanto ao preparo técnico ou mesmo à submissão às intempéries do mercado e às inconstâncias da concorrência, que têm o poder de transformar os consumidores em vítimas.²⁶² Claudia Lima Marques lista quatro tipos: técnica, jurídica, fática e informacional.²⁶³ A vulnerabilidade técnica existe quando não há, por parte do consumidor, conhecimento acerca dos meios de produção e de prestação de produtos e serviços, nem mesmo das possíveis consequências de sua utilização, o que implica em uma fragilidade que somada à boa-fé perante o fornecedor, poderá implicar em prejuízo ao consumidor.²⁶⁴ A vulnerabilidade técnica no CDC é presumida quando o consumidor não é profissional daquela área, mas também atingirá, ainda que excepcionalmente, o profissional destinatário final.²⁶⁵

A vulnerabilidade jurídica, que pode ser verificada antes ou mesmo durante a fase judicial de um conflito de consumo e que pode também ser encontrada em processos administrativos é vista de formas diferentes pela doutrina.²⁶⁶ Segundo Claudia Lima Marques, caracteriza-se a vulnerabilidade jurídica ou científica pela falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos acerca da relação de consumo em que se encontra, não tendo completa ou qualquer noção sobre os limites e possíveis obstáculos que lhes são impostos na defesa de seus direitos em decorrência desse desconhecimento. Será presumida para aquele consumidor que não for profissional da área.²⁶⁷ Paulo Valério Dal Pai Moraes, diferentemente, sugere que a vulnerabilidade jurídica surge no momento em que ocorre o

²⁶¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17-18 e apresentação.

²⁶² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

²⁶³ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88-96.

²⁶⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

²⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88.

²⁶⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 146-147.

²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 90.

conflito na relação de consumo e há necessidade de tomar medidas para solucioná-lo, seja junto ao fornecedor, seja com a participação de um advogado, seja em órgão de defesa do consumidor.²⁶⁸

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica centra sua justificativa no fato do consumidor monopolizar o setor, possuir grande poderio econômico ou mesmo em razão da essencialidade do bem. Qualquer uma dessas causas justifica considerar o consumidor submisso e vulnerável à vontade do fornecedor.²⁶⁹

A vulnerabilidade informacional seria aquela que se verifica em todo consumidor e que reflete sua falta de conhecimento sobre o produto ou serviço que lhe é prestado. É, provavelmente, o tipo mais comum e ganha destaque na sociedade atual caracterizada como informacional e comunicativa.²⁷⁰

O CDC prevê expressamente o princípio da boa-fé objetiva em dois momentos distintos. Primeiramente, no artigo 4º, inciso III, no qual determina como princípio a ser atendido para a implementação da PNRC a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Segundo Marília de Ávila e Silva Sampaio, esse princípio orienta a interpretação contratual e auxilia na conciliação da tutela do consumidor e dos interesses da ordem econômica. Explica ainda que, ao tentar conciliar interesses contrários, esse princípio serve aos dois lados, ou seja, não tutela simplesmente os vulneráveis, garante igualmente a manutenção da ordem econômica.²⁷¹

A outra previsão no CDC do princípio da boa-fé está no artigo 51, IV. Este dispositivo determina que sejam nulas de pleno direito as cláusulas contratuais, em relações de consumo, que estabelecerem obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em

²⁶⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 146-147.

²⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 91

²⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 91-92 e 94.

²⁷¹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 166-167.

desvantagem exagerada, ou que não sejam compatíveis com a boa-fé e a equidade. Nesse caso, Marília de Ávila e Silva Sampaio destaca que a situação contratual abusiva pode ser verificada tanto na obrigação principal quanto na violação de deveres anexos impostos pela boa-fé²⁷²

A boa-fé objetiva reflete um dever de conduta estabelecido contratualmente – a par de um estado psicológico –, que determina um comportamento específico e também um dever de colaboração.²⁷³ Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros entende que esse princípio não está sujeito a definição única e observa uma “difusão do princípio” da boa-fé, o que atribui como “marca da pós-modernidade”.²⁷⁴ Em outros momentos, chega a ser desanimadora a constatação que faz a autora ao afirmar ser inútil procurar um ponto específico de clareza a partir do qual se estudaria mais apropriadamente a boa-fé. Ainda cita uma afirmação feita por Ludo Cornelis no qual dizia “*Rien n’est simple en matière de bonne foi*”, ou seja, nada é simples em matéria de boa-fé.²⁷⁵

A boa-fé objetiva – cuja compreensão inicial Judith Martins-Costa remete à interpretação do §242 do Código Civil alemão – está relacionada a um padrão de conduta com base nos quais todos devem pautar sua atuação de forma que cada um respeite nas situações concretas ideais dela derivados como “honestidade, lealdade e probidade”. Ainda destaca a preocupação e o cuidado com o interesse do outro como sendo decorrentes da boa-fé objetiva, pois como participantes de uma mesma relação jurídica, em especial nas obrigacionais, é legítimo se esperar da outra parte determinada ação.²⁷⁶

Nesse íterim, a autora ainda apresenta exemplos do direito comparado alemão e italiano através dos quais se observa melhor estas características da boa-fé objetiva. Num primeiro exemplo, na Alemanha, a boa-fé objetiva, vista como padrão de conduta, serve de embasamento para justificar a legítima expectativa do cliente de que seu fornecedor se preocupe também com seu bem-estar, além da óbvia preocupação que concerne o adequado fornecimento dos bens e/ou serviços contratados. Em outros casos descritos, ambos ocorridos

²⁷² SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 169.

²⁷³ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

²⁷⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

²⁷⁵ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 224.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 411-413.

na Itália, a boa-fé objetiva tem papel de “*norma obrigatória de atenção ao fim econômico-social do contrato*” ou de “*norma que consubstancia os requisitos que se impõem à justa oposição da exceção de contrato não-cumprido*”.²⁷⁷

Franz Wieacker também se serve do parágrafo 242 do Código Civil da Alemanha (BGB) para analisar o princípio da boa-fé e suas aplicações práticas. A discussão que existia sobre a exclusiva direção do princípio a relações obrigacionais é afastada com a alegação de que as máximas gerais de conduta ético-jurídica e a nova criação do direito não se limitam ao direito das obrigações e, portanto, não estão ligados ao papel que atualmente desempenha o parágrafo 242 da lei.²⁷⁸

A boa-fé em seus dois sentidos – subjetivo e objetivo – é conceito que se destaca no Direito privado desde o Direito Romano, eis que em seu sentido objetivo, relacionado com valores como “a lealdade, correção e lisura do comportamento das partes” teve previsão no Código Civil alemão e penetração em todo o campo do direito obrigacional de forma a servir de justificativa para a teoria da responsabilidade (pré e pós) no direito privado. Destaque-se, nesse ínterim, que essa mesma boa-fé objetiva serve também de base para a *culpa in contrahendo* no mesmo âmbito.²⁷⁹

A par das noções iniciais de boa-fé objetiva, há que se considerar uma compreensão diferente da boa-fé. Almiro do Couto e Silva estuda a existência de relação entre os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança.²⁸⁰ Há que se destacar no âmbito público, a preocupação com a boa-fé objetiva muito se assemelha a segurança jurídica. Sob um aspecto objetivo, fala-se em segurança jurídica, na qual se nota uma preocupação maior com a preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. A natureza subjetiva destaca a proteção à confiança e tem implicações significativas na esfera estatal ao

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 413 e 418-419.

²⁷⁸ “*las máximas generales de conducta ético-jurídica y la nueva creación de Derecho no se limitan al Derecho de obligaciones y, por consiguiente, no se encuentran vinculadas al lugar que ocupa actualmente el parágrafo 242 en la ley*”. WIECHER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1977, p. 87.

²⁷⁹ COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004, p. 1-2.

²⁸⁰ COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004, p. 1.

limitar a liberdade do Estado de modificar sua conduta e de alterar seus atos e ao gerar consequências patrimoniais devido a essas mudanças.²⁸¹

A relação do princípio da boa-fé com o da proteção da confiança, na Alemanha, é destacada por Almiro do Couto e Silva que aponta a necessidade da boa-fé (no seu sentido subjetivo) para que se proteja a confiança quando da preservação de atos (ainda que inválidos ou nulos de pleno direito) ou de seus efeitos.²⁸² A existência de responsabilidade estatal decorrente das promessas realizadas por seus agentes e da responsabilidade pré-negocial são estudadas tomando em consideração os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme se observou nos estudos de Almiro do Couto e Silva.²⁸³

Outros níveis do princípio da segurança jurídica são também tratados por Rafael Valim. A partir desse estudo, notam-se quão diferentes esses princípios podem ser, ainda que possuam muitos elementos comuns. O exame do princípio da segurança jurídica leva em consideração aspectos como a certeza, a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas.²⁸⁴

Para Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, a preocupação com uma solidariedade contratual justifica a exaltação do princípio da boa-fé. O princípio se aplica em todos os momentos da relação contratual, desde a fase negocial até a execução, e implica em deveres e limitações de direitos das partes.²⁸⁵ Cláudia Lima Marques faz a mesma constatação ao afirmar que se podem observar decorrências e efeitos da relação contratual em diversos momentos: antes, durante e depois de sua realização.²⁸⁶ Uma conduta, pode-se concluir, que envolve o respeito à boa-fé objetiva.

²⁸¹ COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004, p. 2-3.

²⁸² COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004, p. 2-3.

²⁸³ COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004, p. 4.

²⁸⁴ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46-49.

²⁸⁵ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118.

²⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 218.

Além de afirmar sua indiscutível aplicação aos contratos de consumo, Cláudia Lima Marques ainda defende que a boa-fé objetiva é princípio geral e obrigatório para toda e qualquer relação contratual. A autora explica que atualmente o princípio ora tratado tem vários papéis tanto na formação quanto na execução dos contratos.²⁸⁷ Essas funções seriam: “fonte de novos deveres essenciais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos”.²⁸⁸ Funções que, para Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, devem possuir em comum a “concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo”.²⁸⁹

Cláudia Lima Marques ainda defende uma visão processual do contrato, um entendimento de que o contrato seria, na verdade, algo dinâmico, formado por uma série de eventos e efeitos.²⁹⁰ Essa visão também é defendida por Clóvis do Couto e Silva que afirma que “o ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo”.²⁹¹

A vulnerabilidade e a boa-fé objetiva são apenas alguns dos princípios que norteiam a Política prevista no CDC. Com base em seus princípios e nos instrumentos também trazidos no CDC, a PNRC deve ser implementada para promover a realização da defesa do consumidor e também defendê-lo, se for o caso, diretamente. Para coordenar essa defesa e concretizá-la em sede administrativa federal, o CDC criou o SNDC. Segundo consta do artigo 106 do CDC, compete ao SNDC, por meio de seu órgão central – a Senacon –, a coordenação da PNRC. O sistema tem papel primordial na tutela administrativa dos direitos do consumidor. Há que se analisar detalhadamente as competências e toda a legislação desse sistema.

2.2. O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

²⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 214-215.

²⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 215.

²⁸⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 119.

²⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 217-218.

²⁹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 73.

Necessidade indispensável ou ponto de partida para a execução de política interna de tutela do consumidor, o SNDC representa a concretização de fórmula prevista para o sucesso do CDC. Segundo José Maria Othon Sidou, a única forma para se manter a exequibilidade da política de defesa do consumidor é a criação de órgão público que seja responsável pelo estímulo, orientação, proposição, denúncia, investigação e representação de qualquer assunto relacionado ao consumidor.²⁹²

A fim de compor a estrutura administrativa de defesa do consumidor atualmente em vigor, o CDC criou a PNRC, o SNDC e também um conjunto de sanções administrativas a serem aplicadas quando desrespeitadas as normas que tutelam o consumidor. Essa estrutura tem como destaque a previsão de um sistema especialmente desenhado para viabilizar a atuação do Estado. Trata-se do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto nos artigos 105 e 106 do CDC. O estudo do SNDC requer o conhecimento do contexto histórico que o criou e de seus antecedentes. Por isso, é parte indispensável a análise retrospectiva da tutela administrativa do consumidor no Brasil.

2.2.1. Aspectos históricos e a estrutura sistêmica do SNDC

Somente na década de 1970, os movimentos consumeristas se fazem ouvir no Brasil. A inflação e o alto custo de vida incomodaram os cidadãos e motivou-os a exigir mudanças. Amanda Flávio de Oliveira relata que naquele período a realidade brasileira já pedia a edição de normas que tutelassem o consumidor. Essa defesa só era realizada indiretamente, quando o Poder Judiciário interpretava de forma mais abrangente algumas normas mais liberais de modo a favorecer o consumidor.²⁹³ Os primeiros órgãos de defesa do consumidor surgiram nesse mesmo período nos estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo. Foi criado em São Paulo o Procon, onde observou-se um crescente número de reclamações. Também nessa época foram criadas as primeiras associações civis de defesa do consumidor brasileiras.²⁹⁴

²⁹² OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 8-9.

²⁹³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002, p. 99.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002, p. 99.

A década de 1980 foi marcada por movimentos consumeristas visando a inclusão da discussão na pauta da Constituição Federal que seria promulgada ainda naquela década. No ano de 1985, o Presidente José Sarney criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor para auxiliá-lo na elaboração e no implemento de políticas públicas de defesa do consumidor.²⁹⁵ O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor representou o primeiro órgão estatal federal institucionalmente organizado com vistas à defesa do consumidor no Brasil.²⁹⁶ Além disso, foi uma das poucas previsões normativas anteriores à Constituição Federal de 1988 que implicava em defesa do consumidor, ainda que de forma indireta, e sem caracterizá-lo individualmente como consumidor, sujeito de direitos.²⁹⁷

O sistema de defesa do consumidor vigente nos anos que antecederam a Constituição Federal era encabeçado por esse Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que era formado por órgãos públicos das três esferas, representantes da sociedade civil, associações de defesa do consumidor e representantes da classe empresarial.²⁹⁸ Amanda Flávio de Oliveira informa que o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor era formado originalmente por ministros de Estado, pelo secretário executivo do Programa Nacional de Desburocratização, pelo presidente do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, por dirigentes de entidades públicas estaduais de defesa do consumidor, por dirigentes de entidades privadas de defesa do consumidor, por um cidadão e por um membro do Ministério Público (MP) que tenha atuado na defesa do consumidor. Dois anos depois, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor ganhou outras competências e passou a ser integrado também por um representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Confederação Nacional da Indústria, da Confederação Nacional do Comércio e da Confederação Nacional da Agricultura.²⁹⁹ Reunia assim órgãos e entidades de interesses distintos e promovia o diálogo entre eles. Daniel Roberto Fink afirma que esse espaço eclético

²⁹⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002, p. 100.

²⁹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 384.

²⁹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 13.

²⁹⁸ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 806.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002, p. 100.

e, ao mesmo tempo, paritário permitia o desenvolvimento de ideias e propostas factíveis, favorecendo os dois lados da relação.³⁰⁰

As reuniões do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor eram marcadas por intensas discussões, oportunizando que os interessados se manifestassem. A democracia que vigia nas reuniões levava a decisões socialmente reconhecidas e legítimas, que eram respeitadas pelos participantes e envolvidos nas relações de consumo. Daniel Roberto Fink defende que o tal Conselho Nacional de Defesa do Consumidor era um modelo melhor que o atual. Segundo ele, a maior prova dessa superioridade foi a criação do CDC, elogiada norma que teria nascido “no seio do Conselho”.³⁰¹

Com a criação do CDC, foi extinto o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, paradoxalmente como relata Daniel Roberto Fink.³⁰² Ainda assim seus bons frutos permaneceram. A percepção que se tem é que o Conselho também serviu de exemplo para a criação do próprio SNDC. Por isso, a Lei n. 8.078/90 teria delineado a proteção administrativa do consumidor em formato de sistema, a fim de que as partes da relação de consumo e os demais interessados pudessem participar conjuntamente, como se fazia no Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.³⁰³

Marcelo Gomes Sodré defende que o SNDC foi criado como mais uma forma de reduzir o desequilíbrio nas relações de consumo e de atenuar a vulnerabilidade por meio da articulação de diversos sujeitos sociais.³⁰⁴ Leonardo Roscoe Bessa completa que o SNDC é um instrumento de operacionalização da PNRC, visando cumprir o que dispõe o artigo 4º, *caput* da Lei n. 8.078/90. Segundo o autor, a criação do SNDC teve o intuito de viabilizar o diálogo e a integração entre os órgãos e entidades, públicos e privados, que tenham a competência e a obrigação de proteger o consumidor em vista de se obter aplicação completa

³⁰⁰ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 806.

³⁰¹ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 807.

³⁰² Daniel Roberto Fink afirma que é paradoxal a extinção do Conselho Nacional a partir da criação do CDC porque foi graças a ele que o Código foi criado de forma tão bem sucedida. FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 807.

³⁰³ Marcelo Gomes Sodré tem a mesma compreensão, como pode ser observado no seu livro: SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

³⁰⁴ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 179.

da lei. Suas dimensões e estrutura agigantadas são proporcionais às extensões continentais do Brasil.³⁰⁵

O SNDC enfrentou nas últimas décadas problemas de efetivação dos seus objetivos. O funcionamento descoordenado e isolado dos membros do sistema, segundo Marcelo Gomes Sodré³⁰⁶, foram alguns das razões do resultado que se tem atualmente. Essa atuação do SNDC é contrária à sua estruturação e movimento que precisam ser sistêmicos. Em outras palavras, o SNDC foi criado como um sistema, e como tal espera-se que aja, mas não é isso que tem sido verificado.

2.2.1.1. Conceito de Sistema

A análise do conceito de sistema desenvolvida por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino foi feita sob a ótica do sistema político. Notam que o termo sistema tem uma limitação de sentido que não o conecta com a totalidade de elementos ou característica do âmbito ao qual ele se relaciona. Ele está ligado apenas àqueles que detêm a capacidade de interferir no sistema como um todo. Ou seja, só fará parte do sistema aqueles elementos ou aspectos que tiverem o poder de interferir no sistema e no modo como o sistema funciona, na forma como cada elemento se relaciona com os demais.³⁰⁷

Nicola Abbagnano também distingue duas acepções de sistema. Primeiramente, um conceito voltado para seu uso na filosofia, que se refere a um discurso de organização dedutiva, ou seja, cujas partes são derivadas umas das outras.³⁰⁸ Também caracteriza um sistema como qualquer totalidade de elementos organizados. O aspecto sistêmico imprime a ideia de grupo de elementos organizados. O autor ainda acrescenta a possibilidade de se verificar a existência de interrelações entre as partes do sistema, o que o diferencia do

³⁰⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.. *Manual de Direito do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 365-366.

³⁰⁶ SODRE, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 154 e 254-255.

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11.ed. v.2. Brasília: UnB, 1998, p. 1164.

³⁰⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 908.

conceito de estrutura, que é a própria organização ou conexão que esses elementos que fazem parte do sistema podem ter entre si.³⁰⁹

O estudo desenvolvido por Vitor Morais de Andrade encerra semelhante análise acerca do conceito de sistema. Ao tratar da etimologia da palavra, encontra o significado de “totalidade construída de várias partes”. Após investigar acerca do entendimento de diferentes doutrinadores e filósofos, conclui que todos esses conceitos de sistema trariam em comum a “ideia de unicidade e objetivo único”.³¹⁰

A reflexão de Juan Antônio Garcia Amado acerca do conceito de sistema em Niklas Luhmann parte da característica autorreferencial do sistema. O sistema autorreferencial seria aquele que precisa de sua própria percepção como sistema, construindo sua identidade e mantendo-se autônomo. Explica que a ideia de autorreferencialidade trabalha em dois âmbitos: de um lado, requer a auto-observação, ou seja, é necessário que realize suas atuações olhando para si mesmo; de outro lado, a autodescrição, que se refere ao conhecimento de si mesmo, a ciência de seus limites, a observação da sua diferenciação frente aos demais e ao meio.³¹¹

Auto-observação, explica Niklas Luhmann, é a observação do seu próprio comunicar. Ocorre quando o nível operacional do sistema da sociedade se vê obrigado a observar sua comunicação e assim a se auto-observar. É suficiente notar a comunicação como ação, ou seja, como se fosse um objeto determinado por si mesmo.³¹²

A autodescrição é, em sentido estrito, uma forma de observação, explica o autor. É preciso lembrar que uma observação indica algo a ser distinto. Produz ambos, o que indica uma área não demarcada que será apreendido e designa de maneira intencional ou temática, ainda que seja apenas parte do dever ser.³¹³

³⁰⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 908.

³¹⁰ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129-133.

³¹¹ ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. São Paulo: Lumen Juris, 2004, p. 318-319.

³¹² “Ya en el nivel operativo el sistema de la sociedad se ve obligado a observar su comunicar y en este sentido a autoobservarse. Para eso, primero es suficiente observar su comunicar como acción, es decir, como si fuera un objeto determinado por sí mismo.” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Disponível em: <<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/la-sociedad-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>>.

Acesso em: 06 dez. 2012, p. 697.(tradução livre)

³¹³ “Aun las autodescripciones son (y siguen siendo), en sentido estricto, observaciones. Recordemos: una observación señala algo al distinguirlo. Pro- duce a la vez, con lo que señala, un ámbito no-marcado que no se aprehende (designa) de manera intencional o temática, aunque queda presupuesto como mundo-además-de.” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Disponível em:

Niklas Luhmann ainda desenvolveu uma teoria denominada acoplamento estrutural. Segundo esta teoria, os acoplamentos estruturais restringiriam o campo das possíveis estruturas com as quais um sistema pode realizar sua autopoiese. Pressupondo que todo sistema autopoietico operar como sistema determinado pela estrutura, ou seja, como sistema que só através das próprias estruturas pode determinar suas próprias operações. O acoplamento estrutural, então, exclui aquele que os dados existentes no seu entorno puderem especificar – conforme as estruturas próprias – o que acontece no sistema. Isso não determinará o que acontecerá no sistema, mas deve estar pelo menos pressuposto, já que de outra maneira a autopoiese seria detida e o sistema deixaria de existir. Nesse sentido, todos os sistemas estão adaptados ao seu entorno – ou não existiriam – mas nesse intervalo, eles têm todas as chances de se comportar de forma inadequada, para ver um claro exemplo, é suficiente considerar os problemas ecológicos da sociedade moderna.³¹⁴

Claus-Wilhem Canaris nota diferentes conceitos de sistema desenvolvidos por estudiosos consagrados e verifica a existência de duas características comuns em todas as conceituações: ordenação e unidade. A ordenação refere-se a uma situação embasada em fatos concretos. É um estado que se compreende racionalmente dada sua perspectiva de realidade. A unidade busca manter a coerência aos princípios fundamentais. Haverá sistema dentro do campo do Direito quando se verificar a existência da ordenação e da unidade.³¹⁵

Essas características do sistema, Claus-Wilhem Canaris ainda explica, encontrariam correspondência no interior do ramo jurídico com as ideias de adequação valorativa e unidade. Elas seriam consequências do princípio da igualdade e da justiça, além de pressupostos jurisprudenciais para que esta se realize como ciência. O sistema no Direito teria, portanto, a função de transmitir e ainda melhorar a adequação valorativa e a unidade

<<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/la-sociedad-de-la-sociedadniklasluhmann.pdf>> Acesso em: 06 jan. 2013, p. 699. (tradução livre)

³¹⁴ “Los acoplamientos estructurales restringen el campo de las posibles estructuras con las que un sistema puede realizar su autopoiesis. Presuponen que todo sistema autopoietico opera como sistema determinado por la estructura, es decir, como sistema que sólo a través de las propias estructuras puede determinar sus propias operaciones. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que datos existentes en el entorno puedan especificar —conforme a estructuras propias— lo que sucede en el sistema. (...)No determina lo que sucede en el sistema pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la autopoiesis se detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el interior del radio de acción que así se les confiere, tienen todas las posibilidades de comportarse de modo no adaptado; para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, baste considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna.” (tradução livre) LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Disponível em: <<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/la-sociedad-de-la-sociedadniklasluhmann.pdf>> Acesso em: 06 jan. 2013, p. 72-73.

³¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13.

interior dessa ordem jurídica. Com isso, explica, o pensamento sistêmico passa a ser justificado e derivado, de forma mediata, de valores mais elevados, como igualdade, justiça e de Direito.³¹⁶

Após a análise de diferentes concepções do termo, Marcelo Gomes Sodré ocupa-se do conceito de sistema em Direito. Na área jurídica, ele resume a ideia de sistema em duas noções: tanto como a representação de um conjunto de normas quanto como a ordenação do conhecimento científico da área. Entretanto, estudando as concepções lexicais do termo, o autor aprimora esse conceito jurídico e estabelece como parâmetro para o conceito de sistema os seguintes elementos: instituições políticas ou sociais; organização, estruturação e relação entre as instituições; compartilhamento de princípios e objetivos.³¹⁷

Esse conceito é apropriado ao contexto desse trabalho por remeter à ideia da relação entre as instituições. Conforme o autor afirma, dialogando com Maria Paula Dallari Bucci, ao defender os direitos do consumidor, o Estado precisaria atuar de forma organizada e direcionada para uma finalidade específica, e nesse caso, a proposta é que o faça por meio de instituições que possam dar concretude ao sistema, conforme é vontade da lei.³¹⁸

2.2.1.2. O Sistema do SNDC

O SNDC é sistema e tem uma finalidade precípua: a defesa do consumidor. Trabalha-se com a ideia de uma finalidade comum em busca de um só resultado, que seria a concretização das normas de defesa do consumidor e a ampla tutela dos consumidores. A adequação ao modelo sistêmico é reforçada por Marilena Lazzarini que defende que a utilização de um sistema, que é uma organização de estrutura institucional, como meio de fortalecimento da política de defesa do consumidor. O modelo também seria adequado por

³¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 279.

³¹⁷ SODRE, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 148-155.

³¹⁸ SODRE, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 157-158.

estabelecer objetivos comuns e propiciar um “espaço democrático de articulação” entre essas entidades.³¹⁹

A ideia de sistema remete a algo coeso, unificado por sua finalidade e pelo constante diálogo entre os membros de modo que se obtenha dessa interação frutos profícuos. O problema que se observa em um conjunto de órgãos com a mesma finalidade é a falta de diálogo, por meio da criação de um sistema haveria quase uma obrigação de interação entre os membros, já que estariam atuando conjuntamente e de forma organizada.

Esse renovado sistema teria sido desenhado para se formar uma estrutura coesa, coordenada e organizada em vistas a consecução de objetivos comuns relacionados à tutela dos consumidores. Em um sistema, os integrantes não precisam funcionar de uma única forma, mas sim voltados para uma mesma finalidade. O realmente necessário é que sejam articulados e coordenados entre si, tanto na representação de um conjunto de normas quanto na ordenação do conhecimento científico da área.

O modelo sistêmico de Niklas Luhmann, como visto, auxilia na compreensão de como deveria ser o SNDC para se fortalecer e tiver as características de um verdadeiro sistema. Para isso, são necessárias a autorreferencialidade, a auto-observação e a autodescrição, em outras palavras, é imprescindível que se veja como sistema e reflita sobre suas ações sistêmicas para que ganhe essa feição de sistema, que não possui. Apesar de qualificados como parte de um sistema e assim reconhecidos pelo ordenamento, os membros do SNDC o são meramente por imposição da lei. Não há uma ação autorreferencial voltada para promoção do sistema, como poderia se esperar.

Igualmente, é possível também perceber sua parcial adequação ao modelo de Claus-Wilhem Canaris, não se alinhando totalmente aos conceitos de ordenação e de unidade que ele descreve. O SNDC, para ser um verdadeiro sistema nos termos que entende o autor, deveria “desenvolver a adequação interna e a unidade de uma ordem jurídica”³²⁰. Ao contrário, o SNDC é enfraquecido pelo isolamento de seus membros. A atuação solitária de cada um na defesa do consumidor pode ter efeitos, mas enfraquece o sistema e,

³¹⁹ A fala de Marilena no seminário “Sistema Nacional de Defesa do Consumidor” foi transcrita por Marcelo Gomes Sodré com base nos anais. SODRÉ, Marcelo. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 262 a 263.

³²⁰ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25.

definitivamente, tem menor repercussão do que se houvesse adequação interna e unidade.³²¹ José Reinaldo de Lima Lopes, ao analisar o SNDC, conclui que os membros que o compõem não são suficientemente integrados, como se espera de um sistema.³²²

O conceito que Marcelo Gomes Sodré desenvolveu para sistema encaixa-se perfeitamente ao SNDC. O SNDC é um conjunto de instituições políticas e sociais. Como exemplo de instituições políticas pode-se citar os órgãos públicos, como os Procons, e as associações civis, como instituições sociais. O SNDC é estruturado de forma organizada pelo CDC, que prevê no artigo 106 o órgão que coordenará os demais, e pelo Decreto n. 2.181 de 20/03/1997. As diversas partes do SNDC se relacionam entre si, ainda que de forma tímida, as reuniões trimestrais e o SINDEC são a prova da existência desse relacionamento. A partilha de princípios e ideias comuns é possível por serem regidos e terem sido criados basicamente pelas mesmas normas e com o mesmo intuito. Tanto na teoria quanto na prática os membros do SNDC visam o mesmo resultado: a proteção do consumidor. A partir desse conceito, é possível trabalhar o SNDC como um sistema.³²³

Um exemplo de sistema que deu certo no Brasil foi o SUS – Sistema Único de Saúde. Segundo descreve José Reinaldo de Lima Lopes, trata-se de bem sucedido modelo que pode servir de exemplo ao SNDC. O modelo do SUS seria condizente com a história da sociedade e organizado de forma ascendente de esfera para esfera. Existem conselhos nos três âmbitos, mas só na esfera da União haverá coordenação e criação das diretrizes que deverão orientar as ações e fiscalizações realizadas em nível municipal. A organização do SUS leva em conta tanto o todo quanto a parte, são orientados pela lógica: “pensamento global, ação local”.³²⁴

2.2.2. Aspectos Normativos e Organizacionais do SNDC

Aspectos que devem ser considerados acerca do SNDC são a sua estrutura, sua composição, o seu funcionamento sistêmico e a sua efetividade. A organização estrutural do

³²¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 255.

³²² LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

³²³ SODRÉ, Marcelo. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 154-155.

³²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

sistema tem papel importante na discussão acerca do papel do Estado na defesa do consumidor. O SNDC é descrito na Lei n. 8.078/90 nos artigos 105 e 106, que elencam os integrantes do sistema, seu órgão coordenador e suas respectivas competências. A interpretação literal desses artigos dá as noções gerais necessárias para se compreender o SNDC: trata-se de um conjunto de órgãos que atuam na defesa do consumidor de forma harmônica e sistêmica por meio da coordenação de um órgão federal especificamente criado para a tarefa (artigo 106). Integram o SNDC órgãos e entidades protetores dos interesses do consumidor, públicos e privados, das três esferas da federação (artigo 105).

O CDC determina a existência de um órgão central federal, especificamente voltado para essa defesa, para que atue como coordenador das atividades do SNDC e da PNRC. Por muitos anos, o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – realizou esse papel. Recentemente, o Decreto n. 7.738 de 28/05/2012 previu a criação da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) em substituição ao DPDC. Com essas alterações, o SNDC passou a ser coordenado por uma secretaria do Ministério da Justiça. Essa mudança veio dar novos ares à tutela administrativa do consumidor no Brasil. Espera-se que, com isso, a defesa administrativa do consumidor ganhe mais força no âmbito do Poder Executivo federal.

As alterações trazidas pelo Decreto n. 7.738 de 28/05/2012 viriam não só para reformular a estrutura estatal existente em torno da tutela consumerista, mas também para transferir a competência prevista nas normas que disciplinavam o DPDC, constantes do Decreto n. 2.181 de 20/03/97, e que agora passam a regulamentar a Senacon. A Senacon mantém as principais atribuições do DPDC, também previstas no Decreto n. 2.181 de 20/03/97, especialmente em seu artigo 3º.³²⁵

³²⁵ Art. 3º Compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor;
 II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;
 III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
 IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;
 V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente;
 VI - representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições;
 VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;
 VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;

A atuação da Senacon como coordenadora do sistema é fundamental para o seu bom funcionamento e para alcançar a efetividade esperada. Leonardo Roscoe Bessa atribuía ao DPDC o papel de auxiliar na harmonização e na interação entre os membros do sistema.³²⁶ Esse mesmo papel é agora desempenhado pela Senacon. Além de coordenar o SNDC e promover a implementação da PNRC, a Senacon também tem competência de aplicar sanções administrativas em caso de infrações às normas que tutelam os interesses do consumidor. Leonardo Roscoe Bessa destaca ser imprescindível que esse tipo de atuação da Senacon seja feita em constante diálogo e interação com os demais membros do SNDC para evitar trabalhos semelhantes e paralelos, racionalizando as fiscalizações.³²⁷

Os incisos do artigo 106 do CDC trazem as demais competências do referido órgão, merecendo destaque a análise de consultas e denúncias de entidades representativas ou pessoas jurídicas; a educação, informação e orientação dos consumidores; solicitação de instauração de inquérito à polícia, representação ao Ministério Público e comunicação de infrações aos órgãos competentes; promoção e auxílio à fiscalização; incentivo à criação de entidades de defesa do consumidor. O parágrafo único do mesmo artigo ainda complementa autorizando que, em vista de seus objetivos, a Senacon possa contar com o auxílio de órgãos e entidades especializadas em determinada área.³²⁸

IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo;

X - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;

XI - solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica para a consecução de seus objetivos;

XII - celebrar convênios e termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

XIII - elaborar e divulgar o cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, a que se refere o art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990;

XIV - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

³²⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 383.

³²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 385.

³²⁸ CDC, art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

- I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor;
- II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;
- III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
- IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação;

Os órgãos e entidades que formam o SNDC atuam na defesa do consumidor. Destacam-se como sujeitos desse sistema aqueles cujos esforços somados pretendam levar à concretização e efetivação dos direitos do consumidor e à completa tutela do consumidor.³²⁹ Um ponto controverso é a definição de quais órgãos públicos fazem ou não parte do sistema, de qual critério será usado para essa definição e de como se dará a relação do SNDC com os órgãos autônomos, que não se submeteriam ao órgão federal responsável pela coordenação política do sistema, nos termos do artigo 106 do CDC.

2.2.2.1. Composição do SNDC

A previsão legal dos componentes do SNDC está no artigo 105 do CDC.³³⁰ O artigo 2º do Decreto n. 2.181 de 20/03/1997 traz semelhante redação e informa que integram o SNDC, a Senacon e os demais órgãos federais, estaduais, distritais ou municipais, e as entidades civis de defesa do consumidor.

O sítio do Ministério da Justiça e da Senacon, apresentando interpretação ampla dos dispositivos legais, afirma que os órgãos de defesa do consumidor que integram o SNDC são: Comissões de Defesa do Consumidor – Senado Federal e Câmara dos Deputados –, Defensorias Públicas, Delegacias do Consumidor, Entidades Civis de Defesa do Consumidor, Ministério Público, Procons das Assembleias Legislativas, Procons Municipais de capital,

V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente;

VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições;

VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores;

VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;

IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais;

X - (Vetado).

XI - (Vetado).

XII - (Vetado)

XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica.

³²⁹ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 802.

³³⁰ CDC, art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Procons Estaduais e Procons Municipais.³³¹ Antes de se discutir quais são os órgãos que integram ou não o SNDC, é necessário analisar os principais órgãos e entidades estatais responsáveis pela defesa do consumidor atualmente e suas características.

Os Procons são órgãos precipuamente voltados para a proteção e defesa do consumidor e que atuam no âmbito federativo que lhe compete. O trabalho desses órgãos é a defesa direta e concreta dos direitos do consumidor promovendo a operacionalização da PNRC por meio do levantamento de dados e da alimentação dos cadastros federais e estaduais de demandas consumeristas. Leonardo Roscoe Bessa também explica que compete precipuamente ao Procon a aplicação de sanções administrativas àqueles que violem as normas do CDC e qualquer outra norma que proteja os direitos dos consumidores. O autor ainda informa que, apesar de ser pouco usual, tal como qualquer órgão público, o Procon tem competência para ingressar com ação coletiva visando a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* do consumidor.³³²

O Procon também se preocupa com a informação em diversas esferas. A informação dada ao consumidor com relação a seus direitos para que ele possa buscar os meios adequados para efetivá-los; a exigência junto aos fornecedores da completa atribuição de informações aos produtos e serviços fornecidos e prestados; a informação tendente a formar cadastro de reclamações fundamentadas e de demandas. A utilidade desses cadastros decorre da massificação e do constante surgimento de novas empresas que podem não oferecer segurança para o consumidor.³³³

O Ministério Público e a Defensoria Pública, em seus respectivos campos, promovem a defesa dos direitos dos consumidores e o exercício da PNRC. O Ministério Público garante a aplicação da lei, realiza inquéritos, diligencia investigações, inicia ações coletivas, dentre outras competências. Segundo Daniel Roberto Fink, o Ministério Público é membro do SNDC por atuar diretamente na defesa do consumidor.³³⁴ Parte da doutrina, que se preocupa com outros elementos para definir o pertencimento ao SNDC, entende de forma diversa.

³³¹ SNDC. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/ControleProcon/frmLogon.aspx>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

³³² BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 372-375.

³³³ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 379.

³³⁴ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 803.

Leonardo Roscoe Bessa, por exemplo, explica que o Ministério Público não pode ser membro do SNDC formalmente. O autor ressalta a irrelevância da discussão face a importância do órgão na defesa do consumidor, o que significa que de uma forma ou de outra (se integra ou não o SNDC) é imprescindível que exista diálogo e interação entre o Ministério Público e os integrantes do SNDC.³³⁵

A defensoria inicia ações em defesa dos vulneráveis que também sejam hipossuficientes, atende aos consumidores em conflito de consumo que não podem pagar um advogado, além de defender os consumidores na esfera administrativa e de atuar na tutela coletiva.³³⁶ Como se pode observar, e de forma coerente com a conclusão de Leonardo Roscoe Bessa para o Ministério Público, a defensoria exerce atuação direta na defesa do consumidor, mas a sua autonomia institucional não admitiria que se submetesse à Senacon, como exigiria o artigo 106, caso definido seu pertencimento ao SNDC.³³⁷

As delegacias do consumidor existem para promover a investigação, prevenção e repressão aos crimes contra as relações de consumo. Igualmente, as varas especializadas também atuam na repressão e punição aos crimes contra as relações de consumo.

As entidades privadas ou associações civis de defesa do consumidor têm papel importantíssimo na defesa do consumidor. É dever do Estado estimular a formação e a manutenção de tais entidades como parte dos objetivos da PNRC. Dessa feita, também o SNDC se preocupa com essas entidades e é composto por elas. Como explica Leonardo Roscoe Bessa, essas associações são instrumentos dos quais se valem a sociedade civil para também participar ativamente na tutela de seus direitos de consumidores. Afirma ainda que no Brasil existem poucas entidades civis com esse fim.³³⁸ Há que se registrar, novamente, a importância dos estudos desenvolvidos pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do

³³⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 366-369.

³³⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 369-371.

³³⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 371.

³³⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 380-383.

Consumidor para o desenvolvimento e fortalecimento do Direito do Consumidor no Brasil. O Instituto é um dos poucos integrantes da *Consumers International* no país.³³⁹

Ao longo das décadas, Adalberto Pasqualotto informa que houve pouca movimentação estatal no sentido de incentivar a criação dessas associações, a despeito da importância do tema. Ressalta ainda que por meio da promoção destas organizações civis, o Estado daria maior autonomia aos cidadãos e permitiria que a partir do seu próprio movimento, reflexo do seu papel de coletividade, os cidadãos assumissem parte significativa da sua defesa, reduzindo o papel do Estado e transferindo para o próprio consumidor, e a seus pares, o poder de se defenderem conjuntamente.³⁴⁰

A harmonia e o diálogo entre os órgãos integrantes do sistema tem importância ímpar para o bom funcionamento do SNDC. Entretanto, a composição exata desse sistema e o conhecimento do elenco de órgãos que integram ou não o sistema é bem menos significativa. O que realmente importa é a atuação conjunta e harmônica em defesa do consumidor, seja dentro ou fora do SNDC. A doutrina se preocupa com essa discussão, por isso acaba sendo válida a menção dos critérios escolhidos por alguns doutrinadores e da posição que defendem.

Concorda-se com Vitor Morais de Andrade quando afirma ser muito genérica a composição do SNDC dada pelo CDC e que, por isso, não é possível concluir com certeza quais órgãos pertencem ou não ao SNDC.³⁴¹ Tal como o CDC, o Decreto n. 2.181 de 20/03/97 é igualmente genérico.³⁴² Ambos permitem várias interpretações, ao afirmarem que integram o SNDC órgãos públicos das três esferas e entidades civis que atuem na defesa do consumidor.

As discussões acerca do artigo 105 do CDC permitem diferentes interpretações, criando variados cenários. Na doutrina estudada, foi possível notar que cada um toma como referência elementos próprios, o que dificulta encontrar um ponto em comum. Poderiam ser feitas duas interpretações do artigo de modo a definir quais são os membros do SNDC. Uma interpretação em sentido *lato* permitiria afirmar que integram o SNDC todo e qualquer órgão

³³⁹ Vide: www.brasilcon.org.br

³⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 37.

³⁴¹ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

³⁴² Decreto n. 2.181 de 20/03/97, art. 2º Integram o SNDC a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor. (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

ou entidade que atue na defesa do consumidor, direta ou indiretamente. O ponto central nesse caso é a preocupação com a tutela dos interesses do consumidor, independentemente de que importância tenha essa atuação no órgão como um todo. Outra interpretação seria mais restrita e atribuiria a qualificação de membro do SNDC somente àqueles que diretamente atuem na defesa do consumidor tendo como objetivo primordial a defesa do consumidor.³⁴³ Uma terceira possibilidade, independente da interpretação que se adote, qualifica como membros somente os que podem cumprir o artigo 106, submetendo-se à coordenação da Senacon.

Alguns doutrinadores, como Leonardo Roscoe Bessa, entendem que a submissão à coordenação da Senacon é elemento chave para o pertencimento ao SNDC. O fato de defender direta ou indiretamente o consumidor não tem implicações significativas. Ou seja, órgãos ou entidades como o MP e a defensoria que atuam na tutela dos interesses do consumidor de forma direta poderiam integrar o sistema, pois atuam na defesa do consumidor, mas não o fazem porque são autônomos e não se submetem à coordenação da Senacon.³⁴⁴ Observa-se, portanto, que a discussão doutrinária decorre da não vinculação dos órgãos (MP e Defensoria Pública) ao coordenador do sistema, considerando que ambos são independentes. Tomada como referência apenas a concentração de poder do órgão central.

Contrário à escolha deste elemento referencial, Bruno Miragem explica o uso da palavra “coordenação”, que não implica necessariamente em obrigação ou vínculo. Ao falar em coordenação pelo órgão federal competente, o dispositivo legal quis centralizar o controle do SNDC de modo a viabilizar a uniformização procedimental, explica o autor.³⁴⁵ A questão da subordinação ou não à Senacon, que é um dos maiores entraves descritos na doutrina para a inserção de outros órgãos no SNDC, pode ser assim facilmente resolvida se observado que não se trata de subordinação, mas sim de coordenação.³⁴⁶ Tratar-se-ia, na verdade, de uma atuação em conjunto em busca de um mesmo objetivo sob a orientação de um órgão central.

Outra discussão bastante pertinente afeta os órgãos que, a despeito de não atuarem precipuamente na defesa do consumidor, possuem relação muito próxima com os órgãos do sistema. Doutrinadores como Daniel Roberto Fink defendem como ponto de referência os reflexos da atuação do órgão ou entidade para o consumidor, independentemente da

³⁴³ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

³⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 371

³⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 518.

³⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 518.

importância da tutela do consumidor para suas atividades.³⁴⁷ O autor entende que compõem o SNDC os órgãos públicos que atuem na defesa do consumidor, direta ou indiretamente. Não há quaisquer restrições legais que excluam do SNDC aqueles que não exerçam a defesa do consumidor como função única e principal, entretanto esta é uma característica que costuma ser comum nos órgãos e entidades que compõem o sistema. Quando o órgão possuir entre suas atribuições alguma que promova ou defenda a qualidade e a segurança de produtos e serviços, afirma o autor, já seria o suficiente para fazer parte do sistema. Essa classificação não leva em conta a relevância da atuação do órgão e as consequências de sua participação na defesa do consumidor. A ideia do CDC seria garantir que esses órgãos estejam preparados para atuar de forma eficiente e rápida quando necessário.³⁴⁸

Bruno Miragem explica que o fato de existirem órgãos e entidades públicas que atuam precipuamente na defesa dos interesses do consumidor não significa que os outros componentes da esfera administrativa, que não tenham a mesma competência específica, não estejam também sujeitos aos ditames da Lei n. 8.078/90 e não façam parte do SNDC. Em outras palavras, como a promoção à tutela do consumidor é prevista como direito fundamental e existe lei federal que determina a defesa desses interesses, todos os órgãos públicos estão submetidos ao poder-dever determinado pelo CDC. A questão do pertencimento ao SNDC já é mais restrita, ainda assim pode abranger órgãos que não tenham precipuamente como objeto a defesa do consumidor. Nesse sentido, os órgãos que atuam na regulação do mercado, como cita Bruno Miragem o CADE, o Banco Central (BACEN) e as Agências Reguladoras, apesar de não atuarem especificamente nesse âmbito da defesa dos interesses consumeristas também são investidos da competência e abarcados pela vinculação imposta pelas leis consumeristas.³⁴⁹

Bruno Miragem vai ainda mais longe e defende ser indubitável que qualquer órgão que atue direta ou indiretamente na tutela dos interesses do consumidor seja parte do SNDC. Ele explica que essa vinculação costuma ser expressa nas atribuições do órgão, seja diretamente implementando e/ou desenvolvendo políticas, seja trabalhando na regulação da economia e na fiscalização do mercado. Cita como exemplo o CADE, cuja Lei n. 8.884/94 lhe

³⁴⁷ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 802-803.

³⁴⁸ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 802-803.

³⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 507.

confere as competências de defesa da concorrência, que são inseparáveis da tutela do consumidor.³⁵⁰

A par dos órgãos e entidades públicos e privados que pertencem ao SNDC e que atuam exclusivamente na defesa dos interesses do consumidor, também existem aqueles que, ainda que de forma indireta, promovem a defesa do consumidor e esse nicho tem papel central para o consumidor em sua área de atuação. Como exemplo, Leonardo Roscoe Bessa cita as Agências Reguladoras, que fazem parte desse conjunto de órgãos que podem fiscalizar atividades econômicas, garantindo assim, mesmo não sendo seu objetivo principal, o cumprimento de direitos do consumidor.³⁵¹ A justificativa para que as Agências Reguladoras atuem voltadas para a defesa do consumidor passa necessariamente por essa mesma argumentação e pelos artigos constitucionais que preveem a tutela do consumidor pelo Estado. Esses dispositivos orientam a criação de normas legais e infralegais visando à tutela do consumidor pelo Estado.

Após aprofundar os estudos, conclui-se juntamente com Vitor Morais de Andrade que nenhuma das correntes que discute quais órgãos compõem o SNDC pode ser dada como inteiramente incorreta, mas pode ser avaliada a utilidade de cada uma de acordo com a situação. Ele optou pela interpretação mais restrita pois trabalha em seu texto com as sanções administrativas.³⁵² Opta-se por trabalhar com as duas ideias para que fique claro que nos dois casos o importante é que todos atuem em conjunto em prol do consumidor. É imprescindível que haja interação e diálogo entre os órgãos que defendam o consumidor, seja direta ou indiretamente, submetidos ou não à Senacon, membros ou não do SNDC. Para o objetivo último deste trabalho, que trata do relacionamento entre as Agências Reguladoras e o SNDC, é importante que se perceba o quão valioso e benéfico pode ser a interação entre os órgãos e entidades que atuam na defesa dos consumidores. De modo que pertencer ao SNDC passa a ser questão secundária, já que os proveitos tirados do pertencimento ao sistema são também colhidos pela relação externa com outros órgãos.

Numa situação ideal, em que se tivesse realmente definido um critério de pertencimento ao SNDC, seria mais benéfico que as Agências Reguladoras e outros órgãos

³⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 520.

³⁵¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 387.

³⁵² ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

que atuam direta e indiretamente na defesa do consumidor pudessem fazer parte do sistema. Entretanto, como isso ainda não é possível, o que se propõe, na prática, é que os benefícios decorrentes da existência do SNDC sejam estendidos a todos os outros órgãos, como se pertencessem ao sistema.

2.2.2.2. A efetividade do SNDC

Como pode acontecer com qualquer norma, em qualquer área, nem sempre os textos normativos de defesa do consumidor em vigor alcançam a eficácia a que se propõem. Luiz Amaral descreve como pouco eficaz, assistemática, difusa e desconcentrada a forma das normas que visam proteger o consumidor. De acordo com o autor, essas normas não atingem seus objetivos nem conseguem evitar a ação daqueles imbuídos de má-fé que estão no mercado.³⁵³ André Luiz Lopes dos Santos qualifica o SNDC como limitado estrutural e operacionalmente, o que diminui as reais possibilidades de que ele efetive seu papel de promoção da defesa e de proteção do consumidor.³⁵⁴

Apesar de todos os esforços reunidos em prol da positivação e subsequente efetivação da norma que tutela os consumidores e da expectativa que se criara em torno das consequências dessa nova ordem, na prática, a história foi bem diferente. Notou-se, com o passar dos anos, que o CDC não foi bem sucedido na tutela administrativa. A repercussão inicial do CDC perde força em razão da pouca atuação de suas instituições. José Reinaldo de Lima Lopes nota que o SNDC nunca teve desenho institucional claro.³⁵⁵ Argumenta que inicialmente, quando regulamentado pelo Decreto n. 861/93, o SNDC foi extremamente centralizado. Num momento posterior, sob a égide do Decreto n. 2.181/97, o SNDC não apresentou a integração necessária para que funcionasse como um sistema.³⁵⁶ Os órgãos e instituições que o compõem estão juntos no mesmo emaranhado. Os movimentos organizados e entidades de defesa dos consumidores não foram suficientemente estimulados nem

³⁵³ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 69-70.

³⁵⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132-133.

³⁵⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

³⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

ganharam a autonomia necessária. O diagnóstico feito inicialmente permanece o mesmo no cenário pós-norma, a despeito da existência do arcabouço legislativo e das políticas nele previstas.

Após a extinção do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, instituído para operacionalizar esse sistema de defesa do consumidor, não foi criada outra organização com semelhante estrutura ou papel para substituí-lo. O SNDC, concebido com a finalidade de promover a participação do Estado, não obteve o êxito esperado, afirma Marcelo Gomes Sodré.³⁵⁷ As estruturas criadas administrativamente para promover e executar a tutela dos consumidores e entidades privadas e os órgãos de defesa do consumidor não conseguem, ainda, suprir a enorme demanda de consumidores prejudicados, conforme se observa nas tabelas já mencionadas que se encontram nos anexos. O que afirmou o autor sobre o SNDC na década de 1990 permanece: a desarticulação do sistema é uma realidade.³⁵⁸

O sistema anterior (o modelo do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor) era mais vantajoso que o SNDC, afirma Daniel Roberto Fink.³⁵⁹ O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor promovia maior debate e permitia a participação dos interessados, o que o tornava um órgão mais democrático e aberto, cujas decisões eram socialmente reconhecidas e legitimadas.³⁶⁰ O SNDC, de outra sorte, tem existência meramente formal, afirma Marcelo Gomes Sodré. Para o autor, trata-se apenas de um grupo de órgãos que buscam a mesma finalidade: defender o consumidor. Por esse raciocínio, nota-se que ele não entende que exista um verdadeiro sistema e que, na prática, o SNDC não existe como previsto legalmente.³⁶¹

Contrariamente, destaque-se a visão de Vitor Morais de Andrade, que afirma que existem nos dias de hoje, diferentes meios e instrumentos que levam a crer que a tendência é que o SNDC cresça e se fortaleça, mantendo maior integração e diálogo entre os membros, sem excluir aqueles que também atuem na defesa do consumidor, ainda que de forma indireta

³⁵⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 253.

³⁵⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 253.

³⁵⁹ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 806.

³⁶⁰ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 807.

³⁶¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. Ações coletivas e políticas públicas de defesa do consumidor. In: XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: A atualização do Código de Defesa do Consumidor, 2012, Natal – RN. Brasilcon.

ou mediata. O SNDC integrado e forte significa maior segurança jurídica às partes da relação de consumo.³⁶²

Outro que procurou ver o SNDC de forma positiva foi Paulo Arthur Lencioni Góes. Segundo observa, o SNDC tem como pontos fortes o reconhecimento da sociedade, a capilaridade e uma base legal consistente. Esse otimismo o faz ver também algumas boas perspectivas com a criação da Senacon, pela elevação que essa mudança representa no plano político, e com o PL n. 2.057/03 (Lei das Agências Reguladoras), que quer promover o apoio das entidades civis no processo regulatório. Por outro lado, ele também nota a existência de fragilidades, tais como: a carência de recursos, tanto material quanto humano; as diferenças conceituais e divergências de entendimentos; a complexidade temática e proliferação normativa; os procedimentos não uniformes; o déficit de interlocução (especialmente, sobre as ações e decisões dos Procons).³⁶³

Uma razão tratada por Marcelo Gomes Sodré que justifica a não atuação sistemática do SNDC é o isolamento dos membros e a falta do pensamento coletivo. Não existe a conexão interna necessária para que o sistema seja forte. Cada um atua em seu campo, mas não em conjunto. É necessário que seja criada rede de atuação coesa e com abertura para que todos dialoguem em harmonia. Ainda que cada órgão e entidade consiga cumprir razoavelmente bem o seu papel, eles o fazem de forma isolada. Não existem políticas coordenadas e o trabalho de cada um é sentido apenas localmente.³⁶⁴

Outro problema enfrentado pelo SNDC e por seus membros é a generalidade do seu objeto. José Reinaldo de Lima Lopes afirma que a falta de direcionamento e de se estabelecer metas específicas torna quase que inexequível essa tutela, em vista da quantidade de possíveis produtos e serviços a serem abrangidos pelas proteções consumeristas.³⁶⁵ Sem um objeto definido, sem metas a serem seguidas e, principalmente, na falta da atuação do Estado – pelo menos como se esperava – os consumidores permanecem desprotegidos.³⁶⁶ Prova disso é o crescente aumento de reclamações nos Procons. Ainda que, por um lado, isso reflita que o

³⁶² ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 155.

³⁶³ GÓES, Paulo Arthur Lencioni. Efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: A atualização do Código de Defesa do Consumidor, 2012, Natal – RN. Brasilcon.

³⁶⁴ SODRE, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 154 e 254-255.

³⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

³⁶⁶ Vide tabela de reclamações dos consumidores no 1o semestre de 2012 no anexo B.

SNDC está agindo e atingindo cada vez mais pessoas; por outro, pode-se observar que a quantidade de conflitos de consumo continua aumentando, o que significa que mais consumidores são prejudicados. Conforme se pode notar na tabela constante do anexo B, de 2011 para 2012, o número de atendimentos aumentou em 19,7%.³⁶⁷ Em 2011, 1.696.833 atendimentos foram feitos nos órgãos ligados ao SINDEC. Em 2012, esse número passou para 2.031.289 atendimentos.

No que se refere a esses dados, há que se fazer a ressalva também feita no Boletim SINDEC 2012 quanto ao número de Procons integrados ao SINDEC. De acordo com o Boletim, o número de atendimentos realizados em 2011 foi calculado a partir dos atendimentos realizados por 162 Procons à época integrados ao sistema. No ano de 2012, o SINDEC passou a contar com 236 órgãos de atendimentos, o que logicamente implicaria em maior número de conflitos registrados pelo cadastro. Por isso, é preciso ter cautela na análise dos dados. O boletim ainda informa que se levados em consideração exclusivamente os Procons que também foram computados em 2011, o aumento teria sido de 13,2%, o que ainda representa número elevado de atendimentos.

A tabela que se encontra no anexo C, apresenta a variação dos atendimentos mensalmente, encontrando-se a partir desses números a média mensal de 169 mil atendimentos registrados por mês no ano de 2012.³⁶⁸ Observa-se comparativamente nos anos de 2011 e 2012 que o número total de atendimentos por mês foi maior no ano de 2012, em todos os meses do ano. Também é possível perceber que os meses de aumento das reclamações durante o ano são os mesmos nos dois anos: março, maio, agosto e outubro.

É possível postular com base nisso que a estrutura estatal prevista na legislação consumerista não é suficiente para cumprir suas tarefas e garantir a defesa dos interesses do consumidor. Também se pode defender que a política nacional prevista em lei não teve sucesso e não conseguiu implementar seus objetivos nem garantir a prevalência dos seus princípios, apesar de terem sido criados os órgãos e entidades que lei previa e a despeito de estarem em atividade.

A falta de capacidade do Estado de manter o controle sobre alguns setores da economia prejudica imensamente os consumidores. O CDC, sozinho, não consegue protegê-

³⁶⁷ SENACON. *Boletim Sindec 2012*. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013, p. 2.

³⁶⁸ SENACON. *Boletim Sindec 2012*. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013, p. 2.

los de forma satisfatória – se isso não fosse verdade, a tabela do anexo D, não seria tão extensa. A solução imediata seria socorrer-se de instituições de apoio e fortalecimento, como as que foram previstas no CDC. Entretanto as que foram criadas com esse intuito, aparentemente, ainda não suportam a demanda. Apesar de se ter um conjunto de normas já vigentes que introduziram no ordenamento o Direito do Consumidor, o aparato institucional a ele vinculado ainda é frágil. Os órgãos e instituições criados pelo próprio CDC e instituídos com essa finalidade junto à comunidade e ao mercado ainda estão aquém do esperado e o consumidor ainda se encontrava desamparado.

Por meio da tabela constante do anexo A, a Senacon apresenta para a sociedade os assuntos que tiveram maiores reclamações no ano de 2012. Destaque-se, novamente, a quantidade de reclamações relacionadas aos serviços regulados. As telecomunicações (telefonia celular, telefonia fixa, televisão por assinatura e internet) foram responsáveis por 21,7% das reclamações no ano de 2012, sem contar a venda de celulares, que também é realizada por entes regulados. Aumento significativo em relação ao ano de 2011, que, conforme pode ser observado na tabela que se encontra no anexo D, representava apenas 17,4%.³⁶⁹

Pode-se notar também aumento no número de reclamações de outros serviços regulados, tais como planos de saúde, que passaram de 1,25 para 1,35%. A energia elétrica contraria essa tendência ao apresentar queda no número de reclamações de 2012 para 2011: de 3,30 para 2,90%.

Outros dados publicados no sítio da Senacon revelam que no período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2012 foram registradas 861.218 demandas de consumo, sendo que 78.604 delas, ou seja, 9,13% se referiam a reclamações relacionadas com os serviços de telefonia móvel.³⁷⁰

Adalberto Pasqualotto relata que o próprio Ministério da Justiça reconheceu que as empresas são movidas pela ideia do custo-benefício, por isso, muitas vezes preferem ser demandadas judicialmente e apenas a pagar o alto preço da conduta correta.³⁷¹ Apesar de

³⁶⁹ SENACON. *Boletim Sindec 2012*. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013, p. 5-6.

³⁷⁰ SENACON. Notícias. Telefonia celular é campeã de atendimentos em Procons do Brasil. Publicado de 19/07/2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

³⁷¹ Adalberto Pasqualotto relata a confissão de um diretor de banco, confirmando essa prática. É digna de transcrição a nota de rodapé 132: “Em 1994, no II Congresso Nacional de Defesa do Consumidor, em Brasília, o

toda essa estrutura estatal e legal, o que os dados e essa informação também revelam é que o consumidor continua sendo desrespeitado. O papel das normas não deve ser meramente reparatório e punitivo, é imprescindível que modifiquem ou pelo menos influenciem no comportamento social de modo que impliquem em diminuição da ocorrência daquele problema.

A despeito da previsão normativa de uma tutela específica em favor da classe consumidora ainda há um desequilíbrio de forças. O consumidor continua extremamente vulnerável e desigual na relação de consumo, não dispondo de privilégios ou proteções suficientes para ampará-lo frente ao mercado. Tudo isso pode ser postulado a partir dos dados expostos acima e disponibilizados pelo Senacon/SINDEC.

A aplicação da legislação consumerista a esses serviços públicos parece não ser suficiente, pois ainda cresce anualmente o número de reclamações. A partir disso, a postulação de que o sistema administrativo de tutela administrativa ao consumidor não tem sido suficiente ganha ainda mais força. A atuação do SNDC conjuntamente com as Agências Reguladoras, que têm competência de fiscalizar e regulamentar a atuação das prestadoras de serviços, é imprescindível para viabilizar a mudança desse cenário e a melhoria dos serviços. O SNDC, que deve atuar em busca do melhor interesse do consumidor, precisa unir forças com essas entidades reguladoras em busca de soluções para diminuir os abusos contra o consumidor.

plenário testemunhou, espantado, a confissão de um diretor de banco (não banqueiro tradicional, diga-se passagem, mas ocasionalmente ocupando uma diretoria de banco estatal), de que as cláusulas leoninas não eram acidentais nos contratos bancários, mas consequência de um frio cálculo de custo-benefício, em vista do alto índice de resignação dos mutuários. O cinismo, menos da declaração do que da conduta, apenas corrobora a distinção conceitual feita por Max Weber entre ordem jurídica e ordem econômica, acima citada (WEBER, Max. Economia e sociedade. Vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 209).” PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 44.

PARTE II – COMO AS AGÊNCIAS REGULADORAS PODEM CONTRIBUIR NA DEFESA DO CONSUMIDOR

Até agora, foram apresentadas as premissas que servirão de justificativa para o argumento que se quer defender. Verificou-se que mesmo após a previsão constitucional e legal do direito à defesa do consumidor, a esperada mudança no plano da representação, com força suficiente para alterar o cenário estabelecido e diminuir os constantes danos sofridos pelos consumidores, não aconteceu. O SNDC, estrutura criada na forma de sistema visando maior estabilidade e força, também não foi tão bem sucedido quanto se esperava, já que os números de reclamações aumentam a cada ano.

Note-se que a reduzida efetividade do sistema deriva da falta de articulação e de diálogo entre os membros do SNDC. É preciso estimular os membros do sistema de modo que haja interesse na participação ativa do consumidor e que seja desenvolvido um senso de sistema que mobilize a todos os pertencentes ao SNDC. Quando se propõe que as Agências Reguladoras articulem com o SNDC, espera-se dinamizar as relações entre os membros do SNDC para que haja interação, troca de experiências e que ocorram ações em conjunto em vista do fortalecimento do sistema. O uso da palavra ‘articulação’ tem o significado de diálogo, interação e trabalho em conjunto, todos voltados para o mesmo interesse: a defesa do consumidor.

A inserção das Agências Reguladoras no processo de fortalecimento dos direitos do consumidor no Brasil também faz sentido se entendida como parte de um processo de institucionalização da defesa do consumidor pelo Estado. A partir do estudo do desenvolvimento do SNDC e de sua aplicação nos últimos 23 anos, pode-se perceber também que a criação das Agências Reguladoras coincide com um momento histórico em que se buscava o reforço institucional à tutela do consumidor. Essa construção histórica leva a crer que as Agências Reguladoras são parte de uma evolução político-institucional na defesa do consumidor, sem deixar de considerar os outros papéis que também exercem. Nota José Maria Othon Sidou que uma organização estrutural ideal para o desenvolvimento do Direito do Consumidor requer dois elementos básicos: uma estrutura pública eficiente e participação dos consumidores.³⁷²

³⁷² OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 80.

CAPÍTULO 1 – AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Elementos imprescindíveis para o bom funcionamento de qualquer sistema são as instituições. É necessário servir-se da ideia de institucionalidade conjuntamente com a de sistema para instrumentalizar a norma e dar efetividade ao sistema. É decisiva a participação das instituições no estabelecimento e na efetivação de um sistema. Elas são responsáveis por delimitar a atuação e a movimentação dos indivíduos relacionados ao sistema e as relações por eles estabelecidas.³⁷³ A força das instituições no Estado moderno levou o governo brasileiro a buscar nos Estados Unidos um modelo de Agência Reguladora que teria o papel de regular os serviços privatizados mantendo o controle público e garantindo a continuidade e qualidade da prestação.

Marçal Justen Filho adverte acerca da dificuldade de se compatibilizar um instituto alienígena a qualquer ordenamento que não seja o original. Cada instituto é resultado de um conjunto de influências de aspectos históricos e culturais de uma sociedade.³⁷⁴ O modo de funcionamento e a modelagem de uma instituição é resultado de sua relação com outras instituições e institutos daquela sociedade. Por isso, cada um deles reflete características próprias de determinada comunidade, do contexto histórico em que se desenvolveu e em que se encontra agora.³⁷⁵ A implicação disso é que um instituto estrangeiro pode não se adaptar bem ao ordenamento brasileiro tanto quanto no país de origem. Deverão ser feitos ajustes na instituição tomando como base a ordem jurídica, os princípios e normas da sociedade em que ele está sendo instalado para que tenha mais chances de se adequar.³⁷⁶ No caso das Agências Reguladoras, Franck Modern (em Marçal Justen Filho) descreve o modelo latino-americano

³⁷³ “(...) as instituições jogam um papel decisivo na dinâmica e no desenvolvimento de qualquer sistema econômico. Por meio delas é possível explicar o êxito ou fracasso, o crescimento ou a estagnação de um sistema econômico. Assim, as instituições (formais e informais) definem o marco de restrições legais e extralegis (econômicas, sociais e culturais, etc.) no meio do qual os indivíduos atuam, se organizam e promovem intercâmbios”. MATIAS PEREIRA, José. *Políticas Públicas de defesa do consumidor e da Concorrência: uma avaliação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32695-40196-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011, p. 5-6.

³⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 286.

³⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 286.

³⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 286.

de autoridades administrativas independentes ou agências independentes como não mais do que “pálidas cópias” do modelo grã-bretão e do americano.³⁷⁷

As Agências Reguladoras brasileiras são instituições voltadas para a regulação econômica do mercado, atuando na fiscalização e regulamentação de um setor específico. A preocupação precípua das Agências Reguladoras é o equilíbrio do mercado. Antes de tratar da possibilidade dessas entidades reguladoras atuarem na defesa do consumidor, há que se estudar especificamente as suas características, como foram instituídas no Brasil, suas principais atribuições e como têm atuado no mercado brasileiro nas últimas décadas.³⁷⁸

1.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao que informa Alexandre Santos de Aragão, os Estados Unidos foi o primeiro país a adotar o modelo agencial em razão de seu histórico basicamente “liberal e não estatizante”. No segundo quarto do século XIX, quando ocorreu o *new deal*, houve nos Estados Unidos uma crescente tendência à regulação estatal. O autor explica que a criação das Agências Reguladoras norte-americanas ocorreu devido à aceitação da regulação do modelo econômico pelo Estado e em decorrência da edição de normas jurídicas nesse sentido.³⁷⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que a utilização do termo agência é *lato sensu* e engloba toda e qualquer autoridade americana, estando ou não sob o controle de outra agência, exceto o Congresso e os Tribunais. Explica ainda que com exceção dos três Poderes,

³⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 287-288.

³⁷⁸ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pode-se qualificar uma Agência Reguladora como autarquia especial, com poderes ampliados, e independente no que se refere às decisões, aos objetivos, aos instrumentos e aos financiamentos. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000. Luís Roberto Barroso tratou das Agências Reguladoras como autarquias com personalidade jurídica de direito público, que estão submetidas ao artigo 37, XIX da Constituição Federal e que dependem, portanto, de lei específica para sua criação e extinção. Qualificou-as ainda como autarquias especiais em decorrência das prerrogativas que detém e da autonomia. As Agências Reguladoras também são marcadas por seu regime jurídico especial, que foi criado para preservá-las de ingerências internas e externas, inclusive da influência do Estado. O campo de atuação regulatório é propício para dialogar sobre elementos técnicos e políticos em face de sua neutralidade. As autonomias político-administrativas e econômico-financeiras a elas concedidas decorrem da necessidade de serem resguardadas suas prerrogativas e funções. BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. *Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 93-94.

³⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 296-297.

todas as autoridades podem ser qualificadas como agência. Tanto que naquele país, falar em Administração Pública é também falar em agência, com exceção do Poder Executivo.³⁸⁰

A *Interstate Commerce Comission* foi a primeira Agência Reguladora criada nos Estados Unidos. A essa e outras Agências Reguladoras que foram instituídas concederam-se competências relacionadas aos três poderes: administração, composição de conflitos e a regulamentação normativa, o que por muito tempo se convencionou chamar de funções quase-judiciais e quase-legislativas, como espécie de um tipo de administração em sentido *lato*.³⁸¹ O modelo agencial americano, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, se espalhou por diversos países graças à globalização.³⁸²

Atualmente, as Agências Reguladoras norte-americanas são marcadas por sua independência, fato que Andres Betancor Rodríguez, citado por Alexandre Aragão dos Santos, justificou com as seguintes razões: i) as Agências Reguladoras são possíveis cenários para composição de conflitos e precisam ser imparciais; ii) falta de confiança dos membros do Poder Legislativo no chefe do Poder Executivo; iii) manutenção da neutralidade da Agência Reguladora de modo a promover profissionalismo nas relações, estabilidade institucional e a responsabilização pelos atos administrativos; iv) oferta de modelo de regulação técnica formada por especialistas, o que traria maior segurança no que concerne à independência política de suas decisões; v) instrumentos de peso e contrapeso que auxiliam na manutenção da tripartição dos Poderes.³⁸³ A independência das Agências Reguladoras também foi assegurada pelas garantias conferidas aos seus dirigentes, que não poderiam ser livremente exonerados pelo chefe do Poder Executivo, como de costume nos órgãos públicos.³⁸⁴

As Agências Reguladoras nos Estados Unidos eram classificadas como *regulatory agency*, aquelas que poderiam intervir influenciando na vida jurídica e econômica dos cidadãos, e *non regulatory agency*, que não realizariam atividade de regulamentação, só de prestação de serviços. Essa distinção não é mais utilizada, pois todas as Agências Reguladoras

³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.196.

³⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 297 e 299.

³⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 2. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 197.

³⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 297.

³⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 297 e 299.

exercem algum tipo de regulamentação. Classificam-se também as Agências Reguladoras norte-americanas como *executive agency*, ou seja, aquelas cujos mandatos dos dirigentes são de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, ou *independent regulatory agency*, nas quais os dirigentes são protegidos pelo mandato fixo e pela estabilidade.³⁸⁵

Essa tendência de intervenção por meio da regulação com ampla independência não durou muito tempo, sendo seguida por um movimento de desregulação (*deregulation*) ou desestatização. Os primeiros passos foram a submissão prévia das decisões e dos atos das Agências Reguladoras ao chefe do Poder Executivo. Em seguida, buscou-se garantir também a participação popular nesses momentos decisórios de modo a assegurar direitos e interesses.³⁸⁶

A justificativa para o crescimento da quantidade de Agências Reguladoras nos Estados Unidos passa pela necessidade de especialização, de formação especial e de tecnicismo. A independência das Agências Reguladoras também levou a um elevado nível de discricionariedade técnica, o que ocasionou o aumento no número de atos técnicos e regulamentares causando resistência em relação ao modelo. Isso ocasionou a discussão acerca do engessamento e levou à proposta de desregulamentação.³⁸⁷

1.1.1. Contextualização no Brasil

Ao longo das décadas de 1960 e 1970, ocorreu o chamado de agigantamento do Estado brasileiro, período em que foram criadas mais de 300 empresas estatais. Luís Roberto Barroso aponta que, desde os anos de 1940, a fragilidade da iniciativa privada levou o Estado a criar empresas estatais de grande porte para substituir as importações de determinados produtos como petróleo, aço e energia. O Estado, como explica o autor, passa a se

³⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 2. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 197.

³⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 299-301.

³⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 2-3.

responsabilizar de forma direta tanto pela prestação de serviços quanto por atividades econômicas.³⁸⁸

Todo o progresso que o país experimentava acabou evidenciando a pouca capacidade do Estado de gerir o grande número de serviços que ele mantinha sob seu monopólio, especialmente os de maior demanda, como as telecomunicações. Essas constatações descrevem o ambiente que propiciou o movimento de desestatização e de consequente privatização que se verificou no Brasil na década de 1990. Marcelo Gomes Sodré observa que o modelo estatal adotado no Brasil à época, o burocrático, estava em crise. A proposta de um modelo gerencial foi concretizada por emendas constitucionais na década de 1990 que buscavam modernizar a forma de administrar o Estado brasileiro, colocando-o em constante diálogo com o resto do mundo.³⁸⁹

Chegou-se, assim, a um estágio de inchaço estatal, consequência de muitas décadas da mesma política. Luís Roberto Barroso relata que o modelo estatal brasileiro era “grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza”.³⁹⁰ Esse contexto serviu de palco para que viesse a contrapartida ao intervencionismo por meio da Constituição Federal de 1988, coerente com uma onda mundial de esvaziamento estatal que se espalhava.³⁹¹ A Constituição Federal atribuiu ao Estado papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” em substituição ao modelo anterior de intervenção direta. O Estado que antes intervinha passa a ser regulador, o que implica não somente em regulamentar, mas também em fiscalizar, fomentar e planejar.³⁹²

O cenário do início da década de 1990 ainda refletia as escolhas de um Estado social e intervencionista. A nova realidade que propiciou a instituição das Agências Reguladoras fora estabelecida a partir de cinco emendas constitucionais promulgadas em 1995 que direcionaram o movimento de privatização no Brasil. Essas mudanças implicaram no

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 86-87.

³⁸⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 254.

³⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 86-87.

³⁹¹ “A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital.” BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 84-85 e 86-87.

³⁹² SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 136.

crescimento e na expansão do mercado de consumo. O modelo agencial norte-americano original serviu de parâmetro para que fossem instituídas no Brasil as Agências Reguladoras responsáveis pela fiscalização e regulamentação dos serviços concedidos ou permitidos a particulares.³⁹³ A inserção das Agências Reguladoras no modelo estatal brasileiro é uma questão política, afirmou Alexandre Mazza. O Neoliberalismo passa a ser adotado como modelo econômico brasileiro na busca por mais investimentos e pelo crescimento da economia nacional.³⁹⁴

As Emendas Constitucionais 5 a 9 foram as primeiras responsáveis por este movimento. Luís Roberto Barroso explica ter havido por meio de tais emendas três mudanças – complementares – na estrutura estatal brasileira.³⁹⁵ As Emendas n. 6 e 7 diminuem o controle normativo do Estado sobre alguns setores dando maior autonomia aos indivíduos³⁹⁶ e extinguem algumas restrições ao capital estrangeiro³⁹⁷. As Emendas n. 5, 8 e 9 foram responsáveis pela transferência dos serviços públicos a particulares por meio de concessões e permissões, mantendo, entretanto, a titularidade do Estado³⁹⁸, o que Luís Roberto Barroso qualifica como flexibilização dos monopólios estatais.³⁹⁹ Com isso, diversas empresas que antes eram de propriedade pública passaram às mãos de particulares (estrangeiros e nacionais).⁴⁰⁰ Um terceiro estágio nesta transformação se deu por meio da edição da Lei n. 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Por meio dessa norma,

³⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 3.

³⁹⁴ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 18 e 21.

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

³⁹⁶ A Emenda Constitucional n. 6 extinguiu o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional, especialmente quanto à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.

A Emenda Constitucional n. 7 abriu para embarcações estrangeiras, em determinadas condições, o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior. MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 17.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

³⁹⁸ A Emenda Constitucional n. 5 alterou o §2º do art. 25, quebrando a exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado ao abrir a possibilidade de concessão a empresas particulares.

A Emenda Constitucional n. 8 eliminou a exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicações.

A Emenda Constitucional n. 9 quebrou o monopólio estatal das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, refinação, importação, exportação e transporte de petróleo, bem como de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 17 e 24.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

⁴⁰⁰ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 25-27

ocorreram as privatizações visando, nos termos dos incisos I e IV do artigo 1º da mesma lei, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.⁴⁰¹

Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que o processo de privatização que possibilitou a criação das Agências Reguladoras no Brasil teve início em decorrência da passagem de um modelo de gestão que tinha meios de controle formais e realizava intervenção direta, para um novo modelo gerencial baseado na eficiência e na intervenção, também voltada para manutenção dessa eficiência (por meio da regulação e regulamentação). O novo Estado regulador se vale das Agências Reguladoras como instrumento de intervenção no mercado e de controle da economia.⁴⁰²

Paulo Arthur Lencioni Góes nota que a privatização dos serviços públicos gerou uma inevitável mudança de foco, pois os concessionários e permissionários buscam prioritariamente o lucro. Essa mudança acontece concomitantemente com o advento de um novo cenário econômico brasileiro relacionado ao já crescente mercado de consumo local. Essas privatizações vieram apenas para fortalecer a sociedade de consumo. A criação das Agências Reguladoras teve o intuito de restituir o equilíbrio necessário, garantindo que a prestação de serviços públicos não seja feita meramente com vistas à lucratividade.⁴⁰³

No Brasil, a privatização foi uma saída que, a despeito das críticas, com o tempo se mostrou adequada para atender à necessidade da sociedade brasileira de serviços contínuos e adequados. Depois de permitidas e concedidas as prestações dessas atividades aos particulares, o Estado não perde o interesse – e o dever – de garantir que sejam prestadas com qualidade e seguindo os ditames legais. As desestatizações implicaram principalmente na redução do Estado pela limitação de suas competências e atuações de modo a fortalecer o papel do setor privado e a relativizar o quase monopólio estatal na prestação dos serviços públicos. Em vista do crescimento do mercado e da melhoria dos serviços, a própria

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

⁴⁰² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 1.

⁴⁰³ GÓES, Paulo Arthur Lencioni. Efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: A atualização do Código de Defesa do Consumidor, 2012, Natal – RN. Brasilcon.

Constituição Federal e as normas que a seguiram abriram espaço para novos atores participarem do exercício de funções que antes competiam unicamente ao Estado.

Luís Roberto Barroso ressalta, entretanto, que não se obteve com esta redução um tipo de estado mínimo. Reduziu-se, por um lado, a atuação do Estado no campo das prestações de serviços diretas. Por outro lado, aumentou-se a necessidade de que ele mantivesse certo controle sobre esses serviços, o que ocasionou o incremento do papel regulatório e fiscalizatório.⁴⁰⁴ É imprescindível a participação do Estado nesse processo para garantir a qualidade e manutenção do serviço, protegendo o interesse do mais vulnerável.⁴⁰⁵ O Estado também não perde sua centralidade como agente econômico e continua a atuar, especialmente por meio da edição de normas que têm influência decisiva no mercado. Nessa época, foi editada e regulamentada a Lei n. 8.078/90, como chama a atenção Luís Roberto Barroso.⁴⁰⁶

A Administração abre mão de parte de sua competência, mas não perde a titularidade e a responsabilidade pela boa qualidade do serviço.⁴⁰⁷ Mesmo tendo transferido a execução dos serviços para empresas privadas, o Estado ainda controla e regula sobre a prestação desses serviços, papéis que exerce por meio das Agências Reguladoras.⁴⁰⁸ Precisa, portanto, exercer controle regulador, fiscalizatório e normativo sobre aqueles a quem concedeu a possibilidade de prestar o serviço público.⁴⁰⁹

A criação das Agências Reguladoras foi parte da estratégia do Estado, visando especificamente a regulação do mercado em áreas-chave. Os serviços, apesar de prestados por particulares, ainda são de titularidade do Estado. Não há, explica Luís Roberto Barroso, perda da sua natureza pública. O que implica que o Estado se mantém responsável pela prestação e por sua adequação. Para realizar esse papel, são instituídas as Agências Reguladoras. Elas permitem que o Poder Público mantenha seus olhos nesses serviços e, ao mesmo tempo,

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

⁴⁰⁵ GÓES, Paulo Arthur Lencioni. Efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: XI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR: A atualização do Código de Defesa do Consumidor, 2012, Natal – RN. Brasilcon.

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 88.

⁴⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

⁴⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 3.

⁴⁰⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

promova o crescimento da economia por meio da atuação do setor privado e pela abertura do mercado brasileiro ao capital estrangeiro.⁴¹⁰

Essa inclusão de entes particulares na esfera pública, afirma Dinorá Adelaide Musetti Grotti, terá reflexos na própria definição do interesse público, que passa a sofrer influência dessas entidades regulatórias. As escolhas e o proceder da Administração não competem mais somente ao Estado. Segundo ela, o período entre a negociação e o consenso entre o Poder Público e os particulares, ainda que seja informal, é importante para a diferenciação e determinação de quais são os interesses públicos e quais são os privados que a Administração tutela. Não é mais monopólio do Estado a definição do que seria de interesse público e passa a ser tratado por particulares qualificados como entes intermediários. O Estado impõe menos suas decisões e passa a dar maior crédito à participação dos administrados na escolha do caminho a ser tomado pelo ente público. A Administração atua na solução de conflitos entre as partes, envolvendo somente atores privados ou mesmo o próprio ente público. Dessa política tem-se um novo modo de agir que respeita e se abre ao auxílio de terceiros particulares.⁴¹¹

Sob outro enfoque, os administrados – cidadãos – também ganham posição diferente no novo cenário. Eles conquistam maior influência sobre a conduta da Administração quando esta é exercida por entes privados. O órgão público regulador e fiscalizador se preocupa mais com a opinião dos usuários, lhes atribuindo voz relevante na condução das escolhas públicas.⁴¹²

Marçal Justen Filho menciona a existência de função estatal que lhe incumbe promover a dignidade da pessoa humana, suprimir as desigualdades econômicas e sociais, individuais e coletivas. A diminuição dos serviços públicos prestados pelo Estado só é saída quando sua prestação é menos benéfica e menos adequada, como foi o caso no Brasil. Os valores que devem ser tutelados, no entanto, jamais poderão ser diminuídos ou excluídos da

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 91 e MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 25-27

⁴¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

⁴¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

competência do Estado. A principal alteração do regime anterior para o posterior à privatização foi o novo regime jurídico aplicado à prestação de serviços.⁴¹³

Ao privatizar os serviços públicos, transferindo a prestação para particulares, há que se perceber que independentemente do regime jurídico adotado e do interesse tutelado, precisaram ser levadas em conta não só questões econômico-financeiras, mas também as necessidades coletivas. O Estado deve assegurar o atendimento das necessidades individuais e coletivas, mesmo depois de privatizado o serviço. Por isso, há a imposição de interesses coletivos na atuação dos particulares prestadores de serviço a fim de que respeitem os princípios impostos pelo Direito Público (ainda que submetido ao direito privado), tais como: princípio da igualdade, da continuidade e da modicidade de tarifas.⁴¹⁴

Quando opta por transferir a competência de prestação de serviços, o Estado abre mão de um de seus instrumentos de satisfação da necessidade coletiva, cedendo-o a um setor privado. Marçal Justen Filho destaca a necessidade de que esse período pós-privatização seja acompanhado de perto pelo Poder Público a fim de garantir que não haja um fortalecimento econômico de um setor detentor dos meios de produção em detrimento da sociedade usuária.⁴¹⁵

A transferência para a iniciativa privada da competência de garantir à população a disponibilidade dos serviços de interesse público, ainda que sob a égide de um regime privatista, não isenta o prestador privado da regulação estatal.⁴¹⁶ Alguns elementos são essenciais para garantir que o papel do Estado regulador, competência exercida pelas Agências Reguladoras, seja cumprido. Cite-se, por exemplo, a regulação forte, o estabelecimento de regras claras, a fiscalização e o equilíbrio entre os polos.⁴¹⁷ Seria ingênuo esperar, afirma Marçal Justen Filho, que os valores fundamentais a que está atrelado o Estado,

⁴¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 325.

⁴¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 325.

⁴¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 326.

⁴¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 326.

⁴¹⁷ GÓES, Paulo Arthur Lencioni. Efetividade do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: A atualização do Código de Defesa do Consumidor, 2012, Natal – RN. Brasilcon.

serão implementados espontaneamente pelo setor privado sem a intervenção estatal para garanti-los.⁴¹⁸

Antônio Carlos Cintra do Amaral defende que a Agência Reguladora deve ser livre em relação à concessionária e ao Poder Público (concedente). Seu papel estaria vinculado, afirma o autor, apenas ao interesse do usuário. Ao exercer função pública, ela teria o dever de proteger o interesse da sociedade ou de parte, nesse caso, o do usuário, por meio da garantia de prestação do serviço e da certeza de que ele seja adequado.⁴¹⁹

Para melhor explicar esse fenômeno, Marçal Justen Filho trata da teoria da escolha pública.⁴²⁰ A regulamentação nas Agências Reguladoras refletiria os interesses dos diferentes grupos de pressão, inclusive dos usuários. As decisões beneficiariam o grupo mais organizado, que obtivesse mais força junto às Agências Reguladoras.⁴²¹ Trata-se da captura⁴²² pelos setores regulados.

Alexandre Mazza afirma que o direito das Agências Reguladoras contraria a Constituição Federal, listando as seguintes razões: as Agências Reguladoras adotam regime jurídico de emprego para o quadro de agentes públicos; aceitam a possibilidade de contratação temporária de empregados; atuam regulamentando o setor, a despeito da competência regulamentar ser privativa do Presidente da República, conforme artigo 84, inciso IV da Constituição Federal; as Agências Reguladoras tem capacidade tributária de arrecadar taxas decorrentes da atividade de polícia mesmo não tendo relação com a atividade

⁴¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 326.

⁴¹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2013, p. 5-6.

⁴²⁰ Trata-se de teoria econômica que vem sendo aplicada ao Direito por influência das mais novas tendências, como a Análise Econômica do Direito. Segundo essa teoria, explica Marçal Justen Filho, “a produção normativa é resultado da atuação de indivíduos e pode ser enfocada segundo uma concepção de mercado, norteadas pela lei da oferta e da procura. Isso significa, por exemplo, que se amplia a produção normativa na medida em que haja demanda para tanto. Os sujeitos envolvidos atuam segundo uma óptica econômica, buscando maximizar seus proveitos. Daí poder extrair-se que as decisões políticas visam não propriamente o *bem comum*, mas a riqueza ou utilidade dos próprios governantes”. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 360.

⁴²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 360.

⁴²² A teoria da “captura se configura quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configure, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais”. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 370.

fiscalizatória exercida; utiliza o pregão e a consulta como modalidade licitatória para qualquer tipo de bem ou serviço.⁴²³

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também aborda esses problemas. O autor explica que os poderes conferidos às Agências Reguladoras esbarram em limitações constitucionais que as impedem de atuar de forma regulamentar com autonomia, ainda que previstas constitucionalmente, como no caso da ANP e da ANATEL. Relaciona o poder quase-legislativo com a reserva de lei; o poder quase regulamentar, com a competência privativa do Presidente da República estabelecida no artigo 84, inciso IV; e o poder quase-judicial, com o problema da limitação imposta ao contencioso administrativo.⁴²⁴ O mesmo autor defende a inconstitucionalidade daqueles dispositivos que garantem às Agências Reguladoras sua independência. Afirma ainda que a delegação direta de competências reguladoras às Agências Reguladoras as transformaria em um tipo de quarto poder.⁴²⁵

Essa postura não é conveniente para quem toma como ponto de partida o modelo já existente de Agências Reguladoras como saída para um problema de efetividade do SNDC. Fato é que essas entidades reguladoras existem, são atuantes e exercem papel importante na organização administrativa brasileira.

1.1.2.1. Caracterização

As Agências Reguladoras são entidades públicas que regulamentam e fiscalizam a prestação de serviço público, em especial aqueles prestados pelas concessionárias e permissionárias. São serviços que competem ao Estado e que são de interesse público, por isso devem ser constantemente controlados pelo Poder Público. Anteriormente, tinham a Administração Pública como principal e único executor dessas atividades. Após a privatização, a prestação passou às mãos dos particulares, mas a titularidade continua a pertencer ao Poder Público. Entram as Agências Reguladoras, como entidades públicas

⁴²³ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 17.

⁴²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 3-4.

⁴²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 8.

responsáveis por garantir que esses serviços continuem sendo prestados e para que o sejam com qualidade.

As autarquias são as entidades administrativas que atuam de forma descentralizada e estão preparadas para assumir a fiscalização e o controle regulamentar dos serviços públicos concedidos, além de exercerem o poder de polícia e de fomentarem o setor regulado. Essas entidades desempenham várias funções elencadas como deveres do Estado. Ademais, também são submetidas ao regime jurídico de direito público e tem como regra geral o próprio regime jurídico-administrativo que aplica em sua atuação descentralizada.⁴²⁶

A natureza jurídica das Agências Reguladoras é de autarquia, mas uma autarquia qualificada como especial. Toda autarquia integra a Administração Pública, e, portanto, o Estado. As Agências Reguladoras são parte da Administração Indireta, mas são especiais em decorrência de seu regime jurídico específico.⁴²⁷ Luís Roberto Barroso explica que são especiais por possuírem prerrogativas.⁴²⁸ Tércio Sampaio Ferraz Júnior entende que são especiais em decorrência dos poderes ampliados que as Agências Reguladoras têm em relação às demais autarquias.⁴²⁹

As Agências Reguladoras foram criadas como entidades de caráter público que têm o papel de regular o mercado, atuando no controle, na fiscalização e na normatização dos agentes privados fornecedores de bens e serviços⁴³⁰. Essas entidades reguladoras foram instituídas com a finalidade de manter o controle do Estado – por isso chamadas de reguladoras – sobre os serviços que ele houvera privatizado em razão da importância de tais atividades. Odete Medauar destaca que as autarquias federais são vinculadas a um Ministério que tenha competência para atuar sobre a mesma atividade.⁴³¹

⁴²⁶ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 16-17.

⁴²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 435-436.

⁴²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 93.

⁴²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 1.

⁴³⁰ Há doutrinadores como, por exemplo, André Luiz Lopes dos Santos, que defendem a aplicação do CDC também aos serviços públicos. SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

⁴³¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81-82.

Elas foram instituídas por leis específicas que também as regulamentam individualmente.⁴³² Desde o início, eram caracterizadas como entidades autônomas e independentes, ainda que vinculadas a um Ministério do Governo Federal relacionado com sua área de atuação – não há relação hierárquica entre o Ministério e a Agência Reguladora, mas sim de supervisão. Os objetivos a curto, médio e longo prazo de cada Agência Reguladora e o modo que serão operacionalizados são determinados por meio de Contrato de Gestão com o Ministério que a supervisiona.⁴³³ Também serão sempre relacionados a suas justificativas de criação.

Acerca do mesmo assunto, Luís Roberto Barroso explica que as leis instituidoras das Agências Reguladoras, ao conferir-lhes independência, definem também que não há vínculo hierárquico ou decisório dessas entidades com qualquer Ministério ou órgão governamental a qual esteja vinculado. Ressalta que nem mesmo recurso hierárquico impróprio pode ser encaminhado das Agências Reguladoras para a Administração Pública direta.⁴³⁴

A característica que mais se destaca nas Agências Reguladoras é sua independência. Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que como decorrência desta característica é possível dar as feições atuais das Agências Reguladoras tais como delegação de poderes quase-legislativo, quase-judiciais e quase-regulamentares, o que, destaca o autor, também implica em dificuldades de fundamento constitucional.

Ao conferir os tipos de independência conferidos às Agências Reguladoras (quanto à decisão, objetivos, instrumentos e financiamento), o Estado faz delegação daqueles poderes a ele relacionados (legislar, julgar e regulamentar).⁴³⁵ O autor citado ainda explica esses tipos de independência: decisória, garante a proteção ao mandato de modo a resistir a pressões políticas; objetiva, confere autonomia para escolha dos objetivos a serem seguidos – destaque-se a referência aos interesses do consumidor, como objetivo das Agências Reguladoras; a independência também pode ser de instrumentos, ou seja, dos meios utilizados provavelmente para obter seus objetivos, e cita como exemplo as tarifas; por fim, a

⁴³² Vide Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XIX.

⁴³³ Márcia Franke Piovesan faz referência em sua dissertação a Leila Cuéllar. PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. [Dissertação de mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível em: <http://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009805&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 10 out. 2011.

⁴³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 96-97.

⁴³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 1-3.

independência financeira que diz respeito à possibilidade de manutenção autônoma, por meio de recursos próprios, tendo ampla e irrestrita disponibilidade sobre eles. Outras importantes características das Agências Reguladoras brasileiras são o tecnicismo, a busca pela eficiência nas regulações e sua suposta neutralidade.⁴³⁶

A estruturação e a organização das Agências Reguladoras respeitam também princípios próprios, que reafirmavam a sua autonomia e independência. Márcia Franke Piovesan destaca a independência na tomada de decisões, a autonomia financeira, a participação dos interessados na elaboração normativa, a publicidade e transparência em todas as normas e procedimentos, a celeridade processual e a facilitação das relações com os consumidores. A independência decisória é garantida pela indicação política da diretoria (indicação do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal), pela estabilidade, pela não coincidência dos mandatos e pela possibilidade de destituição em caso de improbidade administrativa. A estrutura autárquica assegura a autonomia financeira. Também é caracterizada pela ampla publicidade de seus atos, normativos ou não, possibilitando que interessados participem desse processo e da tomada de decisão. Privilegia a celeridade processual e busca uma relação mais simplificada com o consumidor.⁴³⁷

Observam-se em todas as leis instituidoras das Agências Reguladoras as incumbências descritas por Márcia Franke Piovesan, quais sejam, regulação, controle, fiscalização e normatização das relações de mercado com intuito de satisfazer o interesse público. Nessa atuação, não se pode desconsiderar direitos como à saúde e à defesa do consumidor, especialmente na fiscalização dos serviços públicos, a fim de assegurar o seu cumprimento no decorrer da prestação.⁴³⁸ Essa colocação é suficiente para que se possa postular o reconhecimento da competência das Agências Reguladoras para atuar como parte do Estado, na garantia de aplicação dos Direitos Fundamentais aos serviços públicos. Essa postulação se funda também na premissa anteriormente tratada que aceita a efetivação de direitos fundamentais por meio de serviços públicos.

⁴³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000, p. 2-3.

⁴³⁷ PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. [Dissertação de mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível em: <http://portalteses.iciet.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009805&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 out. 2011.

⁴³⁸ Márcia Franke Piovesan faz referência em sua dissertação a Leila Cuéllar. PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. [Dissertação de mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível em: <http://portalteses.iciet.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009805&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 10 out. 2011.

1.1.1.2. Funções

A função de regulação dada às Agências Reguladoras engloba inúmeras atribuições que estão vinculadas à atividade econômica ou aos serviços públicos. Luís Roberto Barroso enumera algumas dessas funções tratando da amplitude e da variedade do conceito de regulação, tais como controle tarifário, universalização dos serviços, incentivo à competição e concorrência, fiscalização e solução de conflitos de consumo. Em busca de melhor explicação, o autor classificou as atividades das Agências Reguladoras com base nas funções do Estado. Assim seriam atividades executivas, decisórias e normativas.⁴³⁹ As atividades executivas envolveriam a administração da própria Agência Reguladora, a implementação de políticas públicas e a garantia de aplicação das normas incidentes no setor regulado. Engloba também a fiscalização e a sanção. As atividades de cunho decisório são relacionadas com a competência das Agências Reguladoras de decidir conflitos administrativos no seu setor. A função normativa refere-se a sua capacidade regulamentar.⁴⁴⁰

Marçal Justen Filho qualifica as Agências Reguladoras como estruturas burocráticas que não são enquadradas na tradicional estrutura hierárquica dos poderes. Atribui ainda a elas a competência de fiscalização da formulação de decisões políticas, de verificação do cumprimento dos deveres institucionais por parte das autoridades públicas, de promoção da implementação de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, de concentração de conhecimento técnico, de produção de decisões dele derivadas, dentre outros.⁴⁴¹

A par dos objetivos específicos de cada Agência Reguladora, aos quais delimita a sua área de regulação, Márcia Franke Piovesan lista também alguns objetivos comuns a todas elas, como a edição de normas regulamentares e a fiscalização de sua aplicação nas atividades sob seu controle; a decisão de controvérsias afetas a sua área; a aplicação de punições; a

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 96-97.

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 97, 100 e 101.

⁴⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 358.

organização de processos licitatórios para concessão de serviços públicos; a publicização da forma adotada para regulamentação e a informação dos serviços regulamentados.⁴⁴²

As principais funções das Agências Reguladoras no Brasil são relacionadas à regulação e controle dos serviços públicos concedidos (ANEEL, ANATEL, ANTT e ANTAQ), do fomento (ANCINE), da indústria do Petróleo (ANP), o uso do poder de polícia nas atividades que tanto o Estado quanto os particulares podem realizar (ANVISA e ANS) e a fiscalização do uso de bem público (ANA).⁴⁴³

Destacam-se, precipuamente, duas funções exercidas pelas Agências Reguladoras: fiscalização da prestação dos serviços públicos – englobando a esfera executiva e decisória – e regulação por meio do poder normativo.⁴⁴⁴

1.1.2.1.1. Fiscalização da prestação dos serviços públicos

A fiscalização da prestação dos serviços públicos é uma competência específica e peculiar das Agências Reguladoras, como qualifica Marçal Justen Filho. O autor explica que elas são autônomas na concretização das normas relacionadas a cada atividade regulada. Também no exercício de atividade tipicamente administrativa, como o é a fiscalização.⁴⁴⁵

Como visto anteriormente, é competência de cada Agência Reguladora a disciplina e o controle das entidades privadas que prestarem serviços públicos; o fomento de certas atividades privadas; promoção da regulação e fiscalização de atividades e serviços que sejam exercidos pelo Estado e por particulares.⁴⁴⁶

⁴⁴² Márcia Franke Piovesan faz referência em sua dissertação a Leila Cuéllar. PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. [Dissertação de mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível em: <http://portaldesicict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009805&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 10 out. 2011.

⁴⁴³ MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 16 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157-158.

⁴⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

⁴⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 482-483.

⁴⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

Luís Roberto Barroso nota a existência de complexidades jurídicas enfrentadas pela doutrina quando trata da atividade executiva ou fiscalizatória e sancionadora. Primeiro, porque sempre há a possibilidade de conflito entre as Agências Reguladoras ou entre estas e outros órgãos. Um segundo aspecto é o seu papel de implementação de políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo, seja diretamente pelo Presidente, seja pelo Ministério ao qual é vinculada. Por um lado, existe certa correlação entre as duas partes – um cria, enquanto o outro implementa a política. De outro lado, as Agências Reguladoras são totalmente independentes, ainda que vinculadas ao Ministério do Poder Executivo federal. Isso significa que não cabe ao Ministério a quem a Agência Reguladora esteja ligada rever as decisões ou os atos da entidade reguladora.⁴⁴⁷

1.1.2.1.2. Regulação por meio do poder normativo

O poder de legislar continua sendo uma das principais armas do Estado no controle do mercado. A função legiferante é também meio de promoção de mudanças que o Poder Público entende necessárias. Compete ao Estado fomentar a publicação de leis que sejam preparadas sob a égide de uma profunda análise econômica e que venham para promover maior eficiência e desenvolvimento tanto do mercado quanto da própria economia nacional.⁴⁴⁸

Regulamentar não é sinônimo de legislar. Somente o Poder Legislativo detém a função legislativa. As Agências Reguladoras apenas regulamentam, ou seja, complementam a legislação existente criando normas mais específicas para cada caso. Compete às Agências Reguladoras, no papel de regulamentadoras, criar normas especialmente de caráter interno e técnico de modo a garantir a execução da norma legal e constitucional. Bruno Miragem afirma que as normas que as próprias Agências Reguladoras publicam, cumprindo sua atribuição de regulamentação, não podem trazer novidades para o ordenamento, pois a ideia é regulamentar norma já existente, atividade normativa secundária.⁴⁴⁹

Existe discussão sobre os reflexos nas relações de consumo das diferentes formas de concretização em cada atribuição regulatória das Agências Reguladoras. Isso gera

⁴⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 97-99.

⁴⁴⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 71-72.

⁴⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 530.

discordância acerca do que caracterizaria a regulamentação. Percebe-se, portanto, que é preciso aprofundar na temática acerca do poder normativo das Agências Reguladoras, em especial no que concerne aos seus limites.

O maior problema enfrentado ao se criar as Agências Reguladoras foi a definição do limite de regulamentação sem usurpação da função legislativa constitucionalmente concedida ao Poder de mesmo nome.⁴⁵⁰ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso também afirma que o confronto com o princípio da legalidade é um dos mais polêmicos aspectos das Agências Reguladoras.⁴⁵¹ Leila Cuéllar afirma que essa atribuição gera conflito com o Direito Constitucional em face da impossibilidade constitucional, decorrente do princípio da separação dos poderes e da legalidade, de que outro órgão ou entidade que não seja parte do Poder Legislativo possa ser responsável pela expedição de normas.⁴⁵²

Distingue-se reserva legal absoluta, aquela que exige que toda disciplina seja feita pelo legislador, sem deixar brechas para regulamentação. Há, de outra sorte, a reserva legal relativa, que requer o complemento da norma. A reserva legal também pode ser classificada como formal, quando aquela matéria só pode ser tratada pelo ato emanado do Poder Legislativo e cumprindo as regras do processo legislativo. Existem, por outro lado, aquelas normas que não são criadas cumprindo essas regras formais e mesmo assim possuem força legal. São atos materialmente legislativos.⁴⁵³

Por meio dessa classificação, há uma atenuação do conceito do Princípio da Legalidade e admite-se a edição normativa por parte das Agências Reguladoras. Dentro de determinados limites, não há conflito entre o Princípio da Legalidade e a regulamentação pelas Agências Reguladoras. Existe ainda, como explica Luís Roberto Barroso, a possibilidade do Estado transferir para a Agência Reguladora a competência – retirando-a por completo do legislador – para legislar sobre determinados assuntos. Trata-se da deslegalização.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

⁴⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 101.

⁴⁵² CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107.

⁴⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 101-102.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 103.

A teoria da deslegalização ou deslegificação explica que a competência legislativa concedida às Agências Reguladoras está restrita à formulação de normas complementares e de caráter técnico. Não há qualquer autorização para legislar livremente, somente a autorização para tratar de matérias que carecem de regulamentação técnica, pois nem sempre é possível para a lei ser muito específica no tratamento dos assuntos normatizados.⁴⁵⁵ Marçal Justen Filho discorda da utilização dessa teoria. Para ele, a lógica da deslegalização não é aplicável no Direito brasileiro, pois não seria possível se falar, mantendo o respeito à Constituição Federal, em transferência de função conferida ao Poder Legislativo para o Poder Executivo.⁴⁵⁶

A solução dada por Celso Antônio Bandeira de Mello é embasada no princípio da legalidade e afirma que há autorização para as Agências Reguladoras atuarem na esfera normativa sem que isso implique em desrespeito à Constituição Federal. As Agências Reguladoras poderão tratar de aspectos técnicos relacionados com o assunto que regulamentam, quando norma voltada para aplicação complementar à lei. Também em outros casos, como por exemplo, na regulação das atividades dos concessionários e permissionários prestadores de serviço público ou que exerçam atividade econômica pode a Agência Reguladora expedir normas e determinações.⁴⁵⁷

1.1.2. Regulação como instrumento de intervenção⁴⁵⁸

A regulação é uma atividade tipicamente econômica e que tem significativa importância para a promoção do bem-estar social. É também valioso instrumento de intervenção do Estado na economia. Quando se trata de serviços públicos privatizados, a regulação garante que o Estado mantenha o controle sobre os serviços prestados e certifica-se de sua continuidade e qualidade.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 436-437.

⁴⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 495.

⁴⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

⁴⁵⁸ SANTANA, Héctor Valverde. Os Contratos de Serviços Públicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. In: III Congresso de Direito do Consumidor do Estado de Rondônia. 2005, Porto Velho - RO.

⁴⁵⁹ SANTANA, Héctor Valverde. Os Contratos de Serviços Públicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. In: III Congresso de Direito do Consumidor do Estado de Rondônia. 2005, Porto Velho - RO.

O destaque dado às Agências Reguladoras pode levar à errônea conclusão que a regulação surgiu no Brasil somente com a criação daquelas. Por isso, Cláudio Girardi destaca a distinção entre o ato de regular e as entidades autárquicas criadas com a finalidade de regular um serviço público específico. É possível encontrar inúmeros atos normativos com natureza regulatória emanados de órgãos como o Departamento Nacional de Telecomunicações, a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, que antes da instituição das Agências Reguladoras no Brasil regulavam setores específicos da economia.⁴⁶⁰

A regulação passou a ser o principal modelo de intervenção no Brasil a partir da substituição do Estado Intervencionista (*Welfare State*) pelo Estado Regulador, por meio do programa de desestatização e privatização implementado pelas Emendas Constitucionais n. 5 a 9 e pelo Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 8.031/1990). O Estado deixa de intervir diretamente e cria entidades públicas – as Agências Reguladoras – com a finalidade de assumir o papel de regular o exercício desses serviços, que apenas foram concedidos temporariamente, não saíram da titularidade do Poder Público.⁴⁶¹ Luís Roberto Barroso explica que a desestatização não tirou do Estado sua importância como agente econômico. No mesmo período em que ocorreram as privatizações (década de 1990), também foram editadas normas que evidenciavam essa centralidade do Estado, como é o caso do CDC que tutela os direitos do consumidor.⁴⁶²

Duas das principais mudanças que afetaram o cenário jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 foram a obrigatoriedade da defesa do consumidor e as mudanças relacionadas com a atuação interventiva do Estado na economia. Estes são temas intrinsecamente relacionados que refletem o interesse do Estado em defender o consumidor, no papel de usuário de serviço público.⁴⁶³ Ao entregar ao setor privado a prestação de serviços públicos que lhes competiam, o Estado não deixou de ser responsável pela prestação continuada do serviço e por sua qualidade. Por isso, instituiu as Agências Reguladoras, como

⁴⁶⁰ GIRARDI, Cláudio. Regulação da Energia Elétrica – Uma visão prática. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 174.

⁴⁶¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 131-132.

⁴⁶² BARR BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003, p. 89.

⁴⁶³ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 131.

já existiam nos Estados Unidos, com vistas a garantir essa prestação e sua adequação. As Agências Reguladoras exercem seu papel com maiores repercussões econômicas, intervindo no mercado.

André Luiz Lopes dos Santos destaca a centralidade dos papéis adquiridos pelas Agências Reguladoras quando criadas. O Estado que era interventor passa a ser regulador e essa nova forma de participação na economia tem como instrumento central a atuação das Agências Reguladoras. Ou seja, elas passam a ser o meio de que dispõe o Estado para controlar e regulamentar setores importantíssimos para a sociedade e para o mercado.⁴⁶⁴ O número de Agências Reguladoras aumenta rapidamente nos anos seguintes, mas ainda permanecem as dificuldades de gerir em face da pouca cultura regulatória no país.⁴⁶⁵

A função regulatória é utilizada no modelo atual de Estado brasileiro para garantir as condições necessárias para a prestação do serviço pelo setor privado e também assegurar que essa prestação seja adequada, tendo poder de coibir os excessos por meio da fiscalização, do controle e da sanção. A regulação é, portanto, instrumento que viabiliza a prestação e sua continuidade e tem o poder de assegurar o bem-estar do usuário e do consumidor valendo-se, junto aos prestadores de serviços, das prerrogativas e dos poderes de polícia e sancionador que lhes foram conferidos.⁴⁶⁶

A regulação também tem uma dimensão política. As escolhas feitas politicamente interferem na atuação desses órgãos públicos e são centrais para a definição de seus objetivos. A proteção dos consumidores tem aspecto político que deve refletir a preocupação do governo em desenvolver políticas públicas de defesa do consumidor em cumprimento ao que estabelece a Constituição Federal.⁴⁶⁷

O que foi observado por André Luiz Lopes dos Santos é que essa regulação dos serviços se mostrou limitada e suas ações pouco eficazes. As Agências Reguladoras falham no papel de organizar a estrutura normativa e operacional de cada setor e, por isso, não

⁴⁶⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132.

⁴⁶⁵ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132.

⁴⁶⁶ FIGUEIREDO, Luiz. A regulação do setor elétrico. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 215.

⁴⁶⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 134.

conseguem garantir que os direitos dos consumidores – no caso, o autor usou a palavra usuário, em sentido amplo, o que engloba também os consumidores – sejam cumpridos. O autor comprova tal afirmação citando que esses serviços regulados lideram as reclamações aos órgãos de defesa do consumidor.⁴⁶⁸

Um dos desafios que enfrentam as Agências Reguladoras é conciliar os diferentes papéis que o Estado lhe atribui, conciliando também com os princípios constitucionais da ordem econômica: de um lado, há que se respeitar e incentivar a livre iniciativa e a livre concorrência; de outro, precisa garantir que na prestação do serviço o ente regulado atue voltado para a defesa do consumidor, ainda que isso limite sua atividade.⁴⁶⁹

Bruno Miragem afirma que no caso da regulação dos serviços públicos por meios dos órgãos administrativos verifica-se um tipo de intervenção sobre a atividade econômica, considerando a classificação de Eros Roberto Grau.⁴⁷⁰ Completa ainda que essa intervenção se revela por vários fatores, tais como a limitação à liberdade contratual, que, como regra, é garantida aos particulares e a possibilidade de impor deveres aos prestadores de serviços de modo a garantir que seus interesses coadunem com os objetivos do órgão regulador.⁴⁷¹

Ao observar a regulação dos serviços públicos por meio das Agências Reguladoras sob o ângulo da defesa do consumidor, André Luiz Lopes dos Santos destaca que é dever do Estado enquanto desenvolve políticas regulatórias, garantir a harmonia nas relações de consumo. Essa harmonização é assegurada pela incidência do CDC que reestabelece o equilíbrio entre a parte vulnerável e o fornecedor. Para que isso aconteça, é portanto imprescindível que o Estado e as Agências Reguladoras reconheçam o consumidor dentre

⁴⁶⁸ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132.

⁴⁶⁹ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 133.

⁴⁷⁰ “Isso porque a intervenção jurídica na iniciativa econômica, adotando-se a distinção consagrada por Eros Roberto Grau, estabelece tanto a intervenção por *absorção* ou *participação*, quanto a que se dá *por direção* e *por indução*. No caso da regulação dos serviços públicos pelos órgãos administrativos, irá configurar-se como espécie de intervenção *sobre* a atividade econômica.” MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 528.(grifos do autor)

⁴⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 528.

seus usuários e o tutele na forma que quer a legislação correlata. As Agências Reguladoras são as responsáveis diretas por garantir que a harmonia permaneça.⁴⁷²

A atividade de regulação, explica Bruno Miragem, não se limita exclusivamente ao que determina o Direito, mas as normas a conferem legitimidade e validade. Nesse aspecto, o direito do consumidor orienta a atuação administrativa e legislativa estatal.⁴⁷³

1.2. AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DO CONSUMIDOR

As Agências Reguladoras foram criadas no mesmo período em que os consumeristas buscavam soluções para os problemas enfrentados pelo CDC e pelo SNDC. Ainda que com finalidades diversas, as mudanças decorrentes da Reforma Administrativa e da criação das Agências Reguladoras trouxeram novos ares e renovaram a esperança dos defensores dos direitos do consumidor no sucesso da tutela administrativa brasileira. Prova disso é a extensa produção doutrinária que se produziu sobre o assunto a partir da criação dessas entidades reguladoras.⁴⁷⁴

Aproveitando-se desse momento singular em que o Estado se abre para novas possibilidades, permitindo maior participação privada em setores antes inteiramente controlados pelo Estado, as Agências Reguladoras representaram uma nova instituição que poderia promover o CDC e proteger os consumidores. A esperança era que elas ganhassem destaque com o maior suporte dado ao CDC, tornando-o mais eficaz ao permitir que o Estado atuasse diretamente nas relações de consumo. A expectativa depositada nas Agências Reguladoras com a aplicação administrativa do CDC é descrita pela “Pesquisa Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor”, desenvolvida pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. A pesquisa entendeu que, como as Agências Reguladoras têm a competência de controlar e regulamentar o mercado e de corrigir os desequilíbrios nele

⁴⁷² SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 138.

⁴⁷³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 528.

⁴⁷⁴ O livro a seguir reúne relatórios, anais e transcrições de workshop e texto doutrinários, em sua maioria sobre a proteção dos consumidores de serviços públicos pelas Agências Reguladoras: IDEC. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

presentes, seria natural que também buscasse reequilibrar as relações de consumo.⁴⁷⁵ José Reinaldo de Lima Lopes afirma que, apesar de não serem órgãos especificamente de defesa do consumidor, as Agências Reguladoras devem levar em conta esse papel.⁴⁷⁶

Coaduna com essa atribuição das Agências Reguladoras, a explicação de Bruno Miragem, segundo o qual não apenas os órgãos que foram mencionados pelo CDC são competentes para exercer a proteção administrativa. A tutela dos interesses dos consumidores é prevista no CDC e este estabelece apenas de forma exemplificativa alguns órgãos e entidades que exercerão esta incumbência. Os órgãos que atuam na regulação da atividade econômica – como as Agências Reguladoras – e aqueles que tenham ligação com a Administração Direta também podem – e devem – atuar nesse sentido, por exemplo, o INMETRO.⁴⁷⁷

Apesar de sua atuação preponderantemente voltada para o mercado, as Agências Reguladoras também trouxeram em seu bojo ideias de tutelar direitos subjetivos. Esse controle não tinha fins meramente econômicos, também existia uma preocupação social por trás das Agências Reguladoras. Pode-se incluir a tutela dos direitos dos consumidores como parte de seus principais objetivos. Amanda Flávio de Oliveira afirma que sempre existiu ao menos a intenção de que se mantivesse um diálogo entre as Agências Reguladoras e o SNDC.⁴⁷⁸

Marcelo Gomes Sodré coaduna com esse pensamento ao relacionar a Reforma administrativa da década de 1990 e a criação das Agências Reguladoras como o próximo passo na história do Direito do Consumidor no Brasil após o fracasso inicial do modelo previsto pelo CDC. Ele afirma que a extinção do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor foi uma das razões da desarticulação do modelo criado para o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e nota que nesse contexto de defesa já enfraquecida é que foram criadas as Agências Reguladoras.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor*. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília, março de 2010, p. 11.

⁴⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁴⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 509.

⁴⁷⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

⁴⁷⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 253.

A ideia é que o sistema dialogue e interaja com as Agências Reguladoras de modo a formar um espaço público em que se privilegia a efetivação da PNRC, em que se fomenta a defesa do consumidor – e também a garantia ou prestação dos demais direitos fundamentais –, em que se debate as novas e velhas questões referentes aos interesses do consumidor e se propicia o desenvolvimento de melhores soluções e o aprendizado com os velhos erros. O palco para essa nova ordem requer a força regulatória das Agências Reguladoras e terão como sujeitos não apenas os dois lados da relação de consumo, mas também o Estado, por meio de seus órgãos que tutelam o consumidor, as Agências Reguladoras e as entidades civis de defesa do consumidor.⁴⁸⁰

As normas que determinam a proteção ao consumidor aludem a todo Estado e impõem a qualquer órgão público o dever de prestação positiva. Trata-se de direito fundamental de tutela dos interesses consumeristas previsto em norma constitucional e em lei federal e que, portanto, requer dos entes públicos observância em todas as suas esferas, mesmo quando atua por intermédio de concessionária ou autorizatória. O fato das Agências Reguladoras terem sido instituídas por normas próprias e específicas para cada Agência Reguladora propicia a existência de diferentes cenários e a adoção de variadas posturas. Mas isso não as isenta de cumprir o que a Constituição Federal determina para todo o Estado.

1.2.1. Agências Reguladoras e os Direitos Fundamentais

As Agências Reguladoras têm importância ímpar no bom andamento e na manutenção da prestação dos serviços públicos. Precipuamente, essas entidades têm o dever de fiscalizar os serviços prestados pelas concessionárias ou permissionárias e de assegurar a sua adequada prestação. Ao atuar nesse sentido, as Agências Reguladoras também passam pela defesa do consumidor, usuário do serviço público. Foi estabelecido que as normas de defesa do consumidor se aplicam aos serviços públicos. A incidência do CDC na tutela dos interesses dos consumidores usuários de serviços públicos mostrou-se inafastável por determinação expressa da própria lei de proteção e defesa do consumidor.

⁴⁸⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 284.

A defesa do consumidor, como Direito Fundamental, é primordialmente dever do Estado⁴⁸¹, em evidência a função e a história desse rol de direitos. As Agências Reguladoras, autarquias e parte da Administração Pública, também são submetidas aos ditames dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal. A autonomia das autarquias não as retira da qualidade de órgão público. Continuam sendo parte do Estado, integrantes da Administração Indireta, e, portanto, sujeitas às mesmas limitações dos demais órgãos públicos. Como todo e qualquer órgão ou entidade estatal, são obrigadas a respeitar as limitações impostas pelos Direitos Fundamentais, pois se tratam de garantias dos cidadãos não apenas contra o Estado, mas também na prestação de serviços por particulares.

As Agências Reguladoras são parte do Estado e não podem se furtar a obedecer aos Direitos Fundamentais. A preocupação das Agências Reguladoras com o mercado não pode significar o desrespeito ao princípio geral da atividade econômica que estabelece a defesa do consumidor. Essas entidades reguladoras que atuam diuturnamente junto às prestadoras de serviços públicos regulados devem observar ativa e positivamente o direito fundamental prestacional de promoção da defesa do consumidor.

As Agências Reguladoras são entidades públicas que também devem atuar positivamente em prol do cumprimento dos direitos fundamentais. Por isso, ainda que não possuam previsão expressa de defesa do consumidor na sua lei instituidora, essas entidades têm o dever de fazê-lo, assim como qualquer outro órgão público, em respeito ao que dispõe a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais que tutelam os interesses do consumidor.⁴⁸² A atuação articulada desses órgãos, especialmente aqueles que não atuam precipuamente na defesa do consumidor, com os órgãos do SNDC é ponto de fortalecimento desse sistema e a saída para vários problemas de eficácia e efetividade do mesmo.

Esses primeiros referenciais fazem refletir sobre a possibilidade de se excluir partes do Estado do cumprimento de um Direito fundamental. Em outras palavras, questiona-se se seria possível imaginar que determinados órgãos ou entidades públicas não fossem obrigados a respeitar um direito fundamental. Questiona-se se determinados órgãos do Estado estariam isentos de atuar na defesa do consumidor. A resposta, obviamente, é negativa. Mesmo que seja necessário seguir as funções institucionais e ainda que ocorra a ponderação de princípios,

⁴⁸¹ A despeito de parte da doutrina, como Virgílio Afonso da Silva, que defende que os Direitos Fundamentais devem ser utilizados somente nas situações de conflito com o Estado, ou seja, entendem haver apenas o papel negativo ou limitativo dos Direitos Fundamentais. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70.

⁴⁸² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 509.

um deles não pode ser simplesmente desconsiderado, contrariando o que está estabelecido constitucionalmente. Cabe lembrar o que foi dito por Konrad Hesse sobre a subordinação do Estado, em todas as suas atividades, inclusive a fiscalizatória, aos direitos fundamentais.⁴⁸³

As Agências Reguladoras, como entidades públicas pertencentes à Administração Pública Indireta, ou seja, parte do Estado, também estão sujeitas ao mesmo regime jurídico a que se submete o Estado. As obrigações e limitações gerais impostas pelos Direitos Fundamentais atingem toda a Administração Pública. A Constituição Federal de 1988 listou no artigo 170 os princípios que deveriam nortear a ordem econômica, destacando dentre eles a defesa do consumidor. As Agências Reguladoras, como órgãos que atuam diretamente na economia, precisam estar atentas às diretrizes que as normas constitucionais dão à ordem econômica.

O ideal seria que a defesa do consumidor fosse pauta tanto na atividade fiscalizatória quanto na regulamentação pelas Agências Reguladoras. Essa preocupação nortearia sua própria atuação e seria por ela cobrado na atuação daqueles que elas fiscalizam. Enquanto as Agências Reguladoras atuariam fiscalizando os particulares a fim de promover a defesa do consumidor, de outro lado, os regulados, prestadores de serviço público, em regra pessoas jurídicas de direito privado, estariam também submetidos a essas limitações.

Como visto anteriormente, uma das implicações da natureza de direito fundamental atribuída à defesa do consumidor é sua indisponibilidade. Como consequência dessa inafastabilidade, Adalberto Pasqualotto destaca o dever do Estado – e de seus componentes, órgãos e entidades públicas – de respeitar e cumprir as demandas dele derivadas. Nesse sentido, fala do surgimento de divergências a partir da necessidade de que as Agências Reguladoras atuassem na defesa do consumidor e também da imprescindibilidade das Agências Reguladoras conciliarem suas atividades com a defesa do consumidor.⁴⁸⁴

Além do suporte constitucional, a legislação também atribui competência às Agências Reguladoras para promover a defesa do consumidor. Os artigos 4º, VII, 6º, X e 22 do CDC deixam clara a aplicação do CDC aos serviços públicos prestados pelas concessionárias e

⁴⁸³ Observe-se a restrição feita por Gilmar Mendes nesse caso. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004 e HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 275-276.

⁴⁸⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 26.

permissionárias. O artigo 6º, inciso X, do CDC é muito claro ao afirmar que os serviços públicos também são objetos de relações de consumo, sendo que os consumidores desses serviços são indubitavelmente tutelados pelo CDC.⁴⁸⁵ Igualmente o artigo 22 da mesma norma traz claramente esta referência.⁴⁸⁶ Conforme nota Claudia Lima Marques, essa previsão legal vem para complementar o direito à reparação e prevenção de danos constantes do artigo 6º, VI, do CDC.⁴⁸⁷ Todos os direitos dos consumidores e deveres dos fornecedores são aplicados aos serviços públicos.⁴⁸⁸

Aspecto importante na caracterização da atuação da entidade reguladora na defesa do consumidor é o fato da Lei n. 8.078/90 ser norma de ordem pública e de interesse social. Bruno Miragem relembra que o artigo 1º do CDC dá essas características ao CDC com fundamento constitucional o que implica em um aspecto de preferência para aplicação dessas normas.⁴⁸⁹ O que se pode perceber é que além de todos os outros argumentos levantados, a própria estrutura normativa e principiológica destas entidades tem o condão de estabelecer relação entre as Agências Reguladoras e os interesses do consumidor.

A leitura interpretativa dos dispositivos legais seria suficiente para rebater argumentos contrários à existência da tutela dos direitos do consumidor pelas Agências Reguladoras. Acrescente-se que existem também, na legislação específica, previsões expressas da defesa do consumidor pelas Agências Reguladoras, como é o caso da Lei n. 9.472/97, que disciplina a ANATEL e inclui entre os princípios que norteiam as relações econômicas no setor de telecomunicações a defesa do consumidor.⁴⁹⁰ O sustentáculo legal das Agências Reguladoras e a competência que lhes foi atribuída ajuda na promoção da defesa do consumidor.

⁴⁸⁵ CDC, art. 6º São direitos básicos do consumidor:

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁴⁸⁶ CDC, art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁴⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 76.

⁴⁸⁸ MARTINS, Plínio Lacerda. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e a interpretação jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

⁴⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 531.

⁴⁹⁰ Lei 9472, art. 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, *defesa do consumidor*, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.

Nem todas as leis instituidoras de Agências Reguladoras trazem em seu bojo referência à defesa do consumidor. Apesar de se entender que não é totalmente indispensável tal referência, considerando que há um dever constitucionalmente constituído, o ideal seria que todas as normas criadoras e/ou regulamentadoras das Agências Reguladoras previssessem tanto uma atuação em prol do consumidor quanto também a reestruturação organizacional desses órgãos privilegiando a participação dos consumidores em todo o processo regulatório.

Outra norma que merece ser citada nesse campo é o Decreto n. 2.338 de 07/10/97, que regulamenta a Lei 9.472/97, em especial seu artigo 19. O dispositivo afirma textualmente que a Agência Reguladora – no caso, a ANATEL – atuará de forma articulada com o SNDC com vistas à promoção da defesa do consumidor dos serviços de telefônicos.⁴⁹¹ O artigo 19 reforça a relação entre as Agências Reguladoras e a defesa do consumidor e encerra de vez a necessidade de se discutir o pertencimento ou não ao SNDC. Como afirma o próprio dispositivo há uma atuação articulada entre ambos, não havendo obrigatoriamente relação de pertencimento. Articulação pode ser feita em conjunto com os demais órgãos integrantes do sistema.

Outra Agência Reguladora que atua de forma continuada na defesa do consumidor é a ANEEL. Cláudio Girardi destaca que no setor de energia elétrica, desde a criação do CDC houve preocupação constante com o cumprimento dos seus dispositivos. Em 1993, antes mesmo da instituição da ANEEL, foi criado o Conselho de Consumidores pela Lei n. 8.631/93 para atuar junto às concessionárias desse serviço garantindo a proteção aos direitos do consumidor. Com a ANEEL, os conselhos ganharam amplitude e foram implementados em todas as concessionárias, conforme determinação da Resolução ANEEL n. 138 de 10/05/2000. Vale citar ainda que a lei geral dos serviços públicos (Lei n. 8.987/90), em seu artigo 7º, lista os direitos e as obrigações do usuário fazendo a ressalva de que a eles são também aplicáveis o que disciplina o CDC.⁴⁹² Estes são apenas alguns exemplos.⁴⁹³

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁴⁹¹ Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁴⁹² Fernando Costa de Azevedo observa uma relação de subsidiariedade entre o CDC e a Lei n. 8.987/95 em decorrência do artigo 7º desta lei, especialmente, quando se trata da prestação de serviços públicos delegados a

Uma previsão normativa que costuma ser aplicada pelas Agências Reguladoras na defesa do Consumidor é o artigo 6º do Decreto n. 2.181 de 20/03/1997. Segundo o dispositivo, os órgãos da Administração Pública que visem a defesa dos direitos dos consumidores poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta dentro da esfera de sua competência. Um exemplo foi o Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 067/2009. Mediados pelo Conselho Nacional de Justiça, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e o Procon-DF assinaram termo de cooperação com as empresas de telefonia CLARO, AMERICEL, VIVO e TIM com a finalidade de estabelecer medidas a serem cumpridas pelas empresas que implicariam em celeridade no julgamento das ações interpostas por consumidores contra essas empresas. Todos os compromissos assumidos pelas empresas face a ANATEL visam melhoria na qualidade dos serviços e proteção dos consumidores dos serviços de telefonia. O §1º do mesmo artigo ainda afirma que a existência

particulares. Segundo o autor, os direitos básicos dos usuários estão ligados aos direitos básicos dos consumidores com base no artigo 6º, X do CDC. AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90.

Lei n. 8.978/90, art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

- I - receber serviço adequado;
- II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.
- IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
- VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

⁴⁹³ Bruno Miragem cita várias outras normas do direito regulatório brasileiro que preveem expressamente a defesa do consumidor pelas Agências, tais como: “No setor de energia elétrica, a Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, assim como o Decreto 2.335, de 06 de outubro de 1997, determinam que a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel -, terá seu processo decisório integrado por audiências públicas prévias, sempre que implicar na afetação dos direitos dos interessados, assim como que exercerá sua atividade levando em conta as necessidades dos consumidores e o pleno acesso aos serviços de energia, criando condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta. (...)”

No caso de outras agências que constituem exemplo da intervenção do Estado na atividade econômica, ainda que não dizendo respeito a serviços públicos, essas competências de proteção do consumidor também são observadas. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – para a qual a Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, em seu artigo 7º, estabelece a competência para a atuação em matérias de prevenção e controle dos riscos à saúde do consumidor. Ou mesmo o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e que tem atribuição legal, segundo o art. 4º, XI, para estabelecer critérios, responsabilidades e normas de procedimento para garantia dos direitos dos consumidores assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998. Também cumpre a ANS articular-se com os órgãos de defesa do consumidor, visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, de acordo com o disposto na Lei 8.078/90 (art. 4º, XXXVI, da Lei 9.961/2000).” MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 529-530.

de um ajuste não impede a assinatura de novo termo de ajustamento de conduta mais vantajoso para o consumidor.⁴⁹⁴

Argumentos doutrinários que sustentam esse posicionamento favorável à atuação das Agências Reguladoras na tutela do consumidor são defendidos por José Matias Pereira. O primeiro deles é relacionado com a vulnerabilidade do consumidor, que é também usuário do serviço regulado, e o desequilíbrio da relação de consumo. Um segundo é voltado para a existência de concorrência no mercado que, como já visto, também contribui para a defesa do consumidor.⁴⁹⁵ Forma de manutenção do livre mercado⁴⁹⁶, a defesa da concorrência também é meio de tutela, mesmo que indiretamente, do consumidor.⁴⁹⁷ Concorrência significa, como explica Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, disputa, competição entre firmas no mercado.⁴⁹⁸ Essa competição sempre beneficia o consumidor, pois costuma refletir em baixa de preços e melhores condições de compra e de serviço.

Adalberto Pasqualotto afirma que a disposição constitucional da defesa do consumidor concede aos direitos do consumidor eficácia superior às leis ordinárias de forma geral. Isso porque o modelo constitucional escolhido para a Constituição Federal de 1988 – constituição dirigente – faz com que ela vincule o governo a certas políticas e programas, de modo que independentemente da sua linha ideológica e do programa eleitoral a qual se atrela, todo governo fica obrigado a implementar políticas de defesa do consumidor. Outra razão é que a Constituição Federal, ao estabelecer como obrigatória a proteção do consumidor por meio de uma ordem protetiva direta, gera obrigação para todos os intérpretes e aplicadores da lei, seja legislador, administrador ou magistrado.

⁴⁹⁴ Decreto n. 2.181/97, art. 6º, As entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, na órbita de suas respectivas competências.

§1º A celebração de termo de ajustamento de conduta não impede que outro, desde que mais vantajoso para o consumidor, seja lavrado por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do SINDC.

⁴⁹⁵ MATIAS PEREIRA, José. *Políticas Públicas de defesa do consumidor e da Concorrência: uma avaliação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32695-401961PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011, p. 3.

⁴⁹⁶ RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005, p. 36-37.

⁴⁹⁷ MATIAS PEREIRA, José. *Políticas Públicas de defesa do consumidor e da Concorrência: uma avaliação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32695-401961PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011, p. 3.

⁴⁹⁸ RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005, p. 36.

A jurisprudência pátria traz exemplos favoráveis à compatibilidade da proteção do consumidor com o sistema regulador dos serviços públicos.⁴⁹⁹ Adalberto Pasqualotto cita o REsp 1.007.703, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, em que há explícita e idêntica manifestação jurisprudencial em prol da aplicação do CDC pelas Agências Reguladoras.⁵⁰⁰

O direito comparado também auxilia nesse papel de atribuir às Agências Reguladoras a defesa dos direitos fundamentais. Conforme se observa a seguir, em países como França, Espanha e Itália, essa tutela é parte característica da atuação agencial. Nos Estados Unidos, desenvolveu-se uma abertura para participação popular nos atos e decisões das Agências Reguladoras. A aceitação de participação do povo trazida pelo *Administrative Procedure Act* de 1946 seria, segundo Alexandre Santos de Aragão, uma forma de defender direitos difusos e coletivos, assegurando que seriam levados em conta no processo decisório e legislativo nas

⁴⁹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dcfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 26.

⁵⁰⁰ RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – TELEFONIA FIXA – TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA.

1. Divergência jurisprudencial não comprovada, em face do óbice sumular (Verbete 13/STJ).

2. De acordo com o art. 21, XI, da CF/88 e com a Lei 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações, a ANATEL detém o poder-dever de fiscalização e regulação do setor de telefonia em relação às empresas concessionárias e permissionárias, o que inclui o papel de controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas do usuário dos serviços de telefonia, a fim de, dentro dessa linha principiológica, garantir o pleno acesso às telecomunicações a toda a população em condições adequadas e com tarifas razoáveis.

3. Nos termos do art. 175 da CF/88 e da Lei Geral de Concessões, Lei 8.987/95, a fixação das tarifas devidas em retribuição ao serviço prestado pelas concessionárias ocorre no ato de concessão, com a celebração do contrato público, precedido do indispensável procedimento de licitação, sempre buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4. A despeito disso, não existe regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando a Lei Geral de Telecomunicações ao prudente arbítrio da ANATEL o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel.

5. A cobrança da assinatura básica mensal está prevista na Resolução 85/98 da ANATEL e nas Portarias 217 e 226, de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministro de Estado das Comunicações, nas quais são observados critérios técnicos tanto para permitir a cobrança da tarifa básica quanto para assegurar ao usuário padrões mínimos e compatíveis de acessibilidade e utilização do serviço telefônico e obrigando, ainda, as prestadoras a dar publicidade aos seus planos de serviços.

6. Não existe incompatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor, havendo, ao contrário, perfeita harmonia entre ambos, sendo exemplo disso as disposições constantes dos arts. 6º, inc. X, do CDC, 7º da Lei 8.987/95 e 3º, XI; 5º e 19, XVIII, da Lei 9.472/97.

7. Os serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços, o que inclui a disponibilidade do "tronco" telefônico na comodidade do lar dos usuários, cobrado através do plano básico mensal.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1007703/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 18/11/2008)

Agências Reguladoras. Essa participação passou a ser direito dos cidadãos, posto que são interessados no assunto que é regulado, nos Estados Unidos.⁵⁰¹

Na França, o modelo regulatório confere às autoridades administrativas independentes – nomenclatura atribuída às Agências Reguladoras em vários países europeus – a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão perante a Administração, não sendo unicamente voltada para a regulação econômica. Para esse fim, existe um tipo específico chamado de Autoridades Administrativas Independentes de Proteção contra a Administração.⁵⁰² Na Espanha, também há competência por parte das Autoridades Administrativas Independentes de atuar na garantia de Direitos Fundamentais.⁵⁰³

Na Itália, as autoridades administrativas independentes ganharam maior destaque com a desestatização dos serviços públicos, pois passaram a regular número significativo de serviços agora prestados por particulares. Lá, esses órgãos públicos são também conhecidos por sua competência de tutelar os direitos fundamentais.⁵⁰⁴ Alexandre Santos de Aragão observa ser parte da experiência europeia de Autoridades Administrativas Independentes a atuação na defesa de direitos fundamentais.⁵⁰⁵

Atualmente mesmo aos particulares são impostos tais direitos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Nas relações privadas também devem ser respeitados os direitos do consumidor em obediência aos dispositivos constitucionais que são aplicados horizontalmente entre particulares. A existência de normas infraconstitucionais – todo o microssistema de

⁵⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 300-301.

⁵⁰² “Autoridades Administrativas Independentes de Proteção contra a Administração Pública: *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* – CNIL (Lei de 6 de janeiro de 1978), que controla as aplicações da informática às informações pessoais; *Commission d’Accès aux Documents Administratifs* 0 CADA (Lei de 17 de julho de 1978), que vela pelo direito de acesso aos documentos e dados pessoais que possui alguns pontos de conflitos de competência com a CNIL; *Médiateur de la République* (Leis de 3 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989), semelhante a um *ombudsman*, desprovido de poderes decisórios; *Commission des Infractions Fiscales* (Lei de 29 de setembro de 1977), que tem como principal escopo assegurar os contribuintes contra os abusos da persecução penal em matéria tributária.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 302-304.

⁵⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 307.

⁵⁰⁴ “*Difensore Civico Regionale, Difensore Civico Comunale e Difensore Civico Provinciale*: equivalente ao *ombudsman* escandinavo, é um órgão monocrático incumbido de proteger os direitos dos cidadãos perante as administrações regionais, atuando de maneira precipuamente informal e preventiva de conflitos” ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 308-309.

⁵⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002, p. 309.

defesa do consumidor – que confere aos particulares o dever de respeitar o direito fundamental de tutela ao consumidor cumpre também o papel de representar a garantia da extensão desse direito para sua eficácia horizontal. É indubitável, portanto, que há aplicação desse direito nas relações entre particulares, o que se verifica, como já foi dito, não apenas em decorrência das leis que tutelam o consumidor como o CDC, mas também em respeito à própria Constituição Federal e à cláusula pétrea que expressamente protege os interesses do consumidor.

1.2.2. Quem é o consumidor para as Agências Reguladoras

A coincidência de papéis entre usuários e consumidores desperta na doutrina a discussão acerca da existência de identidade entre eles. Alguns entendem que usuário e consumidor são qualificações idênticas, são sinônimos. Outros defendem que usuários e consumidores possuem distinta caracterização jurídica e que apenas excepcionalmente coincidirão na mesma pessoa.

O caráter universal dos direitos fundamentais é enfatizado pelo CDC ao prever direitos que buscam atender aos interesses de todos.⁵⁰⁶ Além de seu caráter individual, como visto no artigo 2º do CDC, destaca-se na conceituação de consumidor o elemento coletivo.⁵⁰⁷ Existem figuras equiparadas ao consumidor previstas no CDC: a coletividade, prevista no artigo 2º, parágrafo único, do CDC, as vítimas de acidentes de consumo, artigo 17, e os expostos às práticas comerciais, artigo 29.⁵⁰⁸ Nota-se nos últimos três conceitos de consumidor esse aspecto de coletividade que atribui a um grupo de consumidores direitos do consumidor.

Há ainda uma discussão em relação à amplitude da expressão *destinatário final*. As diferentes correntes que tratam desse tema – em especial, destacam-se as correntes finalista e

⁵⁰⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 7.

⁵⁰⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 2.

⁵⁰⁸ CDC, art. 2º, parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

CDC, art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

CDC, art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

a maximalista⁵⁰⁹ – geram instabilidade e discordância tanto na doutrina quanto na jurisprudência. É discutida também, tangenciando o conceito de consumidor, a possibilidade ou não de se qualificar uma pessoa jurídica como consumidora.

Como regra, o STJ vem adotando a teoria finalista aprofundada para definir quem é consumidor, o que já implica em uma definição mais restrita – só será considerado consumidor aquele que adquirir o bem ou produto como destinatário final, fático e econômico. Claudia Lima Marques defende que não basta ser o último a adquirir o produto, é imprescindível que utilize o bem para sua finalidade, sem que seja para uso profissional nem que seja para revenda.⁵¹⁰ O próprio STJ também tem decidido nesse sentido há algum tempo, sendo pacífica a aplicação da teoria finalista, exceto para pessoas jurídicas, situação em que se aplica a teoria finalista aprofundada.⁵¹¹ A caracterização aprofundada da teoria reflete uma

⁵⁰⁹ Nos últimos tempos, a discussão entre maximalistas e finalistas e a definição do destinatário final deixaram de ser o foco da questão que discute a definição de consumidor. Para Claudia Lima Marques, essa mudança de perspectiva iniciou com o advento do novo Código Civil e teve significativa sustentação nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87 e CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de Consumidor: breves considerações a partir de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 366 e nota de rodapé 4.). Calixto afirma que o STJ acabou por reforçar a corrente do finalismo aprofundado que tira o foco exclusivamente da destinação final do produto e passa a centrar na vulnerabilidade. Claudia Lima Marques define o finalismo aprofundado: “É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial no STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.” BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

⁵¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 84.

⁵¹¹ “CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei no 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo,

atenuação da restrita teoria finalista, que passa a admitir a atribuição dos direitos de consumidor a pessoas jurídicas quando verificada vulnerabilidade perante o fornecedor.⁵¹² Essa discussão acerca da possibilidade ou não de se qualificar uma pessoa jurídica como consumidora não é encontrada apenas no Brasil, Adalberto Pasqualotto, no estudo do direito comparado, relata a existência de semelhante questionamento na legislação e doutrina alienígena.⁵¹³

A teoria maximalista tem conceituação mais ampla do que vem a ser consumidor. Claudia Lima Marques explica que para os defensores dessa corrente o CDC não visa proteger apenas o consumidor, mas sim o mercado de consumo como um todo. Suas normas atingiriam todos os agentes do mercado. Os maximalistas interpretam o artigo 2º de forma ampla, abrangendo todo e qualquer destinatário final, bastando que retire do mercado o produto e o utilize, mesmo que tenha finalidade profissional.⁵¹⁴

premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e

tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1195642 / RJ RECURSO ESPECIAL 2010/0094391-6. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 13/11/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 21/11/2012).

⁵¹² MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 87.

⁵¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o "consumidor intermediário". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 74, p. 7-42, abr./jun. 2010, p. 28.

⁵¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 85.

Há que se destacar também que, como leciona Leonardo Roscoe Bessa, em decorrência do mercado de massa, do modelo de produção e de consumo também massificado, os conflitos de consumo afetam sempre uma coletividade de consumidores. Com fulcro no artigo 29 da Lei n. 8.078/90, essa coletividade, ou seja, esse grupo de pessoas também é considerado como grupo de consumidores. Isso autoriza que sejam impetradas ações coletivas visando uma defesa mais ampla de toda essa coletividade.⁵¹⁵ O autor ainda informa que todo e qualquer órgão público, mesmo aqueles que não possuam personalidade jurídica, foram investidos pelo artigo 82, III da lei consumerista com a competência de ingressar com ação coletiva na tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores.⁵¹⁶

A equiparação da coletividade ao consumidor confere direitos a sujeitos que suplantam o caráter individual. Há que se destacar nesse âmbito três possibilidades de caracterização da coletividade: direitos difusos (ou coletivos *lato sensu*), direitos coletivos *stricto sensu* e direito individuais homogêneos.⁵¹⁷

Adalberto Pasqualotto destaca que apesar de se utilizar a expressão no singular, a defesa do consumidor faz referência a questão de natureza coletiva.⁵¹⁸ No âmbito das Agências Reguladoras, portanto, o consumidor e o usuário se confundem com a coletividade de pessoas que participam das relações comerciais.⁵¹⁹

⁵¹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 367.

⁵¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 375.

⁵¹⁷ “Os direitos de que é titular a coletividade de consumidores são de três ordens: direitos difusos (que são direitos coletivos em sentido amplo), correspondentes a pessoas indetermináveis, ligadas entre si por mera circunstância de fato, como o direito positivo à boa prestação dos serviços públicos ou o direito negativo a não ser alvo de publicidade enganosa ou abusiva; direitos coletivos em sentido estrito, correspondentes a grupos de pessoas juridicamente vinculadas entre si ou com a parte contrária, como os beneficiários de um plano de assistência médica ou os prestatários (consumidores de serviços) de uma operadora telefônica; e os direitos individuais homogêneos, direitos que, embora substancialmente individuais, comportam defesa coletiva, como a indenização de danos causados por produtos defeituosos. Neste caso, socorre as vítimas, também em dimensão coletiva, o art. 17. Também o art. 29 é representativo de universalidade, ao proteger todas as pessoas expostas às práticas comerciais, incluindo-se a publicidade, a oferta de produtos e serviços e os contratos de adesão. Note-se, porém, que os artigos 17 e 29 acabam por se reconduzir às três categorias mencionadas inicialmente, conforme a situação fática.” PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 7.

⁵¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 4.

⁵¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 4.v. São Paulo: Saraiva, 1998.

O usuário, de outra sorte, será aquele que recebe a prestação de serviço público e que passa a ser titular direitos e deveres decorrentes dessa prestação.⁵²⁰ Segundo Belisário dos Santos Júnior, o que define o usuário é a natureza do serviço que lhe é prestado, que por ser pública, faz com que o usuário passe a ser sujeito de direito e beneficiário da obrigação do Estado de prestar determinado serviço.⁵²¹

O artigo 175, II da Constituição Federal determina que a lei deva dispor sobre os direitos dos usuários de serviços públicos. Essa determinação constitucional só veio a ser cumprida na Lei n. 8.987/95⁵²² que ainda acrescentou o rol de direitos e obrigações do usuário. Fernando Costa de Azevedo destaca a existência de número considerável de leis gerais e específicas que regulam conjuntamente a prestação dos serviços públicos, sendo portanto extenso o regime jurídico dos usuários desses serviços.⁵²³

Era preciso primeiro saber ao certo quem são os usuários e os consumidores para agora distingui-los. O que não é tarefa fácil. José Reinaldo de Lima Lopes, analisando a relação das Agências Reguladoras com a defesa do consumidor, observa que muitos estudiosos do assunto não conseguem diferenciar os dois conceitos.⁵²⁴

Para a legislação em vigor⁵²⁵ e a doutrina⁵²⁶, é quase pacífico que consumidor e usuário são sujeitos de direito diferentes, apesar de possuírem semelhanças e da possibilidade de uma pessoa ser ao mesmo tempo consumidora e usuária de um serviço público. Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que a própria Constituição Federal dá tratamento independente para consumidores e usuários. Por exemplo, a defesa do consumidor está prevista nos artigos 5º, XXXII e 170, V, já o usuário tem sua defesa tutelada pelo artigo 175. Também a legislação é diversa: a Lei n. 8.078/90 tutela o consumidor e a Lei n. 8.987/95, o

⁵²⁰ EFING, Antônio Carlos (org.). *Agências Reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 130.

⁵²¹ SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. A defesa do usuário (consumidor) do serviço público. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 169-170.

⁵²² Fernando Costa de Azevedo ainda completa que a Lei n. 9.791/99 acrescentou um dispositivo aos direitos do usuário previstos na Lei n. 8.987/95. AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91.

⁵²³ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91.

⁵²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁵²⁵ Lei 8.987/95, Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.

⁵²⁶ Cite-se, como exemplo, NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

usuário.⁵²⁷ Por outro lado, quando se trata das semelhanças entre consumidor e usuário, o artigo 6º, inciso X do CDC é subsídio decisivo na afirmação de incidência do CDC nos serviços públicos. De tal sorte que os cidadãos usuários desses serviços são também consumidores.⁵²⁸

Adolfo Mamoru Nishiyama responde que usuários seriam aqueles que utilizam o serviço público e ainda explica que, somente no caso de haver cobrança por parte da delegatária de valor pelo serviço prestado, os usuários poderão ser também qualificados como consumidores. Essa conclusão, explica o autor, deriva de interpretação sistemática considerando o artigo 3º e seu §2º do CDC, que qualificam como fornecedor também a pessoa jurídica que fornece atividade sob remuneração.⁵²⁹ Ainda completa que se pode afirmar que todo consumidor de serviço público é também usuário, mas nem todo usuário poderá ser qualificado como consumidor.⁵³⁰ Parte significativa da doutrina, como Fernando Costa de Azevedo e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, defende que os usuários e consumidores podem, em algumas situações, ser qualificações atribuíveis a uma mesma pessoa.⁵³¹ Se destinatários finais de determinado produto ou serviço, os usuários seriam também consumidores, o que não aconteceria se meramente destinatário intermediário. É a aplicação decorrente da teoria finalista do consumidor.⁵³²

⁵²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 351.

⁵²⁸ MENEZELLO, Maria D'Assunção C. Menezello. Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 19, p. 232/235. Jul/set. 1996. p. 232/233. LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29, p. 21/28. Jan/mar. 1999. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.143. Vide:

⁵²⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 219-220.

⁵³⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 219-220.

⁵³¹ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008.

⁵³² O STJ também trabalha com essa linha de pensamento. No Resp 1195642/RJ (transcrito anteriormente), a Ministra Nancy Andrighi se manifestou afirmando que aquele Tribunal tem jurisprudência consolidada em favor da aplicação da teoria finalista para definir quem é consumidor. Essa teoria tem postura restritiva, considerando consumidor apenas o destinatário final, aquele que retira o bem do mercado de consumo. Nos casos de consumidor por equiparação, a Ministra observa certo temperamento na teoria, especialmente quando envolve pessoas jurídicas, o que é denominado de finalismo aprofundado. Nessa situação, a vulnerabilidade (seja fática, técnica, jurídica ou informacional) da pessoa fictícia é quem sustenta a tutela. AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar.2008.

Fabiana Silveira Karam elenca as semelhanças e as diferenças entre ambos. De um lado, indica serem ambos os destinatários da prestação de terceiro e participantes de relação comercial de caráter econômico e de massa. De outro, afirma que o usuário, diferentemente do consumidor, não precisa ser destinatário final, não é caracterizado pela vulnerabilidade, não requer participação em relação de consumo, dentre outras diferenças.⁵³³

É importante destacar, como faz Fabiana Silveira Karam, que a incidência do CDC não implica necessariamente em conversão do usuário em consumidor.⁵³⁴ Nesse sentido, Bruno Miragem relembra que o fato de se incidir o CDC aos serviços públicos regulados não significa que a regulação seja voltada exclusivamente para os consumidores.⁵³⁵

A diferenciação entre usuário e consumidor também passa pelo tratamento jurídico dado a cada um deles. Sob a ótica jurídica, é equivocado o tratamento do usuário como um consumidor de serviços públicos, explica Antônio Carlos Cintra do Amaral. O autor afirma serem bem diferentes as relações de consumo e de prestação de serviço público. Segundo o autor, essa diferença reside no aspecto contratual. Se por um lado a relação de consumo não necessita de outra relação para que exista, a relação contratual entre concessionária e usuário tem como pressuposto outra relação: a relação existente entre a concessionária e o poder concedente.⁵³⁶ Outras diferenças podem ser listadas como, por exemplo, os deveres a que é submetido o Poder Público a depender do tipo de relação. Na relação de serviço público (somente naquelas que não se aplica o CDC), poder concedente, a Administração continua titular e, portanto, responsável pela prestação do serviço, por isso, fiscaliza a concessionária ou permissionária a fim de assegurar a adequada prestação. Na relação de consumo, a Administração não se responsabiliza pelo cumprimento das prestações ou obrigações, pois se trata de relação privada. Ele apenas intervém para garantir o equilíbrio nas relações de modo que o consumidor vulnerável tenha tutela legal.⁵³⁷ Exceção evidente a essa diferenciação são os casos de incidência do CDC no serviço público. Antônio Carlos Efigênia também se vale

⁵³³ KARAM, Fabiana Silveira. *As Agências Reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. (dissertação de mestrado). PUC/PR. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/posgraduacao/direito/tesesdissertacoes.php>>. Acesso em: 07 set. 2012.

⁵³⁴ KARAM, Fabiana Silveira. *As Agências Reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. (dissertação de mestrado). PUC/PR. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/posgraduacao/direito/tesesdissertacoes.php>>. Acesso em: 07 set. 2012.

⁵³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 532.

⁵³⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2013, p. 2.

⁵³⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2013, p. 3.

dessa incidência do CDC para tratar das semelhanças entre os dois, mas completa que também seria errôneo se afirmar a ampla e irrestrita aplicação de toda a Lei n. 8.078/90 à prestação de serviço público.⁵³⁸

Cesar A. Guimarães Pereira também aborda detalhadamente a relação entre o conceito de consumidor e de usuário. Além das diferentes previsões constitucionais e legais, o autor observa na doutrina variados tratamentos do tema. Alguns efetuam a distinção entre eles a partir de seus conceitos legais, percebendo em cada um as características que os definem e que não se encontram no outro. Verifica também que existem aqueles que veem os dois como sinônimos.⁵³⁹ Por fim, os diferencia também com base nas distintas metas ou objetivos de cada um quando criados.⁵⁴⁰

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer nota que aqueles que utilizam o serviço público só serão considerados consumidores desse serviço se enquadrados no artigo 2º do CDC, ou seja, alguns usuários podem ser consumidores, mas nem todos os serão: para ele, consumidor é espécie do gênero usuário. Dessa feita, pode-se afirmar que os artigos que tratam do usuário na Constituição Federal (artigo 37, §3º e art. 175) também se aplicam ao consumidor de serviço público. Do mesmo modo, o CDC e as normas constitucionais que tutelam o consumidor também se aplicam aos usuários de serviços públicos tidos como consumidores.⁵⁴¹

O autor postula ser equivocada a qualificação das duas figuras como gênero e espécie por ser igualmente generalizante. Alguns consumidores podem até se parecer com usuários por consumir serviços públicos e por isso serem classificados com espécie de usuário. Entretanto, outros consumidores, que não consomem serviços regulados não poderão ser qualificados como tal. O mais apropriado seria dizer que o consumidor de serviço regulado é espécie do gênero usuário.⁵⁴²

⁵³⁸ EFING, Antônio Carlos (org.). *Agências Reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 133.

⁵³⁹ Cite-se, por exemplo, Maria d'Assunção C. Menezello e Álvaro Lazzarini. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143-144.

⁵⁴⁰ PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138 e ss.

⁵⁴¹ “Na realidade, usuário de serviço público é um gênero do qual consumidor de serviço público é uma espécie. Assim, todos que utilizarem o serviço público são considerados seus usuários. No entanto, nem todo usuário será considerado consumidor, pois, para sê-lo, faz-se necessário que se enquadre no conceito estatuído no art. 2.o, *caput*, do CDC.” PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008, p. 227-235.

⁵⁴² “Na realidade, usuário de serviço público é um gênero do qual consumidor de serviço público é uma espécie. Assim, todos que utilizarem o serviço público são considerados seus usuários. No entanto, nem todo usuário será considerado consumidor, pois, para sê-lo, faz-se necessário que se enquadre no conceito estatuído no art. 2.o,

Em posição controversa, Antônio Carlos Cintra do Amaral ainda defende que a tutela dos interesses do usuário não é papel dos órgãos de defesa do consumidor. Caberia apenas às Agências Reguladoras essa defesa. Para ele, não é adequada a utilização da Lei n. 8.078/90 para proteger o usuário e as relações de serviço público, apenas as relações de consumo devem ser por ela regidas. Nesse sentido, ele menciona o artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19, ainda não concretizado, segundo a qual deveria ser elaborada em cento e vinte dias lei específica de defesa do usuário de serviços públicos.⁵⁴³

A jurisprudência também pode auxiliar nessa discussão. Por exemplo, em seu voto vencido no REsp 1.006.892, o Ministro Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin afirmou que na prestação de serviço de telefonia, seja móvel ou fixa, há relação de consumo.⁵⁴⁴ Ocorre que o sujeito que recebe a prestação do serviço de telefonia pode ser meramente uma empresa que utiliza do serviço como meio, como uma empresa que fornece serviços de internet. Nesse caso, por se tratar de consumidora intermediária, não existirá relação de consumo. Haverá, entretanto, a situação de usuário. O fato de não ser consumidor não exclui as características de usuário.

O STF mencionou recentemente no julgado da ADI n. 3343/DF que vê distinção clara entre consumidor e usuário, especialmente em razão do regime jurídico. O regime jurídico do usuário seria guiado pela lógica da solidariedade social (artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988) e tutelado pelo artigo 175, parágrafo único, II da Constituição Federal.⁵⁴⁵

caput, do CDC.” PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar.2008, p. 227-235.

⁵⁴³ Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2013, p. 5.

⁵⁴⁴ MARTINS, Plínio Lacerda. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e a interpretação jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 401.

⁵⁴⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XI E XII, ‘b’, E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF,

A doutrina constitucionalista argentina também se preocupa com essa distinção entre consumidor e usuário. German J. Bidart Campos afirma ser difícil encontrar um só conceito global, que comporte toda a definição do que é consumidor e do que é usuário. Primeiro, porque em ambos os casos são conceitos com várias definições. Em segundo lugar, discute-se se a estrutura normativa que serve de base para cada um deles tem origem nos direitos civil ou comercial. Terceiro, se somente a pessoa física é protegida pela lei ou também as pessoas jurídicas e coletivas. Quarto, há diferenças bastante acentuadas entre as áreas do consumidor e do usuário (seguros, transportes, contratos bancários, a venda de alimentos). Em quinto lugar, porque há também exclusões, por exemplo, o serviço prestado no exercício de profissões liberais. Por fim, nem sempre é clara a distinção entre quem é considerado consumidor e quem é usuário (por exemplo, no serviço de telefonia fixa, energia elétrica, dentre outros.).⁵⁴⁶

André Luiz Lopes dos Santos observa que o consumidor ou mesmo o usuário do serviço público seria visto como uma dimensão de um personagem mais amplo que é o cidadão. O cidadão que recebe a prestação de serviço público poderia ser chamado pela Agência Reguladora de consumidor ou usuário. O citado autor critica essa posição e a

arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV). 2. A Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica "pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal" (art. 1º, caput), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da "política tarifária" no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. 3. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários" prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3343, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00001) (grifo nosso)

⁵⁴⁶ "Es complicado el intento de abarcar en un concepto global la definición de lo que es 'consumidor' y de lo que es 'usuario'. En primer lugar, parece haber pluralidad de categorías; en segundo lugar, se discute si el encuadre de base se ha de hacer en los derechos civil o en el comercial; en tercer término, si solamente la persona jurídica queda protegida en la normativa o, acaso, a veces también la persona jurídica o colectiva; en cuarto lugar, hay diferencias bastante marcadas entre los ámbitos donde se sitúa al consumidor o al usuario (seguros, transportes, contratos bancarios, venta de alimentos); además, hay exclusiones (por ej., el servicio que se presta en el ejercicio de las profesiones liberales; finalmente, no siempre es nítida la distinción entre lo que se considera consumidor y lo que se considera usuario (por ej., en los servicios domiciliarios telefónicos, eléctricos, etc.)." CAMPOS, German J. Bidart. *El orden socioeconómico en la constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 315.

qualifica de reducionista. A diferenciação de qualificação de cidadão para usuário ou consumidor apenas reflete, segundo o autor, a postura passiva adotada, como regra, pela população brasileira. A ideia de cidadão remeteria à noção de atividade e de participação, por isso teria sido preterida e preferiria-se o uso da palavra usuário ou administrado.⁵⁴⁷

O usuário também se relaciona com a qualificação do cidadão no sentido que o serviço público fortalece os vínculos entre o sujeito e a coletividade e no exercício de direitos. Há muito que os afaste também. O usuário não precisa ser titular de direitos políticos nem exerce qualquer prerrogativa. Seu papel é relacionado com o fato de necessitar da prestação de serviço.⁵⁴⁸

Apesar de incidir o CDC nos serviços públicos regulados e de se exigir que esses órgãos públicos garantam a defesa do consumidor – e, portanto, conheçam a legislação o suficiente para diferenciar o consumidor nos termos do CDC –, o que se nota na doutrina é que as Agências Reguladoras não utilizam, na prática, a palavra “consumidor” nos termos do CDC. Para as Agências Reguladoras, o consumidor é o cidadão, de forma geral, que utiliza o serviço público. Ou seja, é o usuário.

A visão do consumidor como coletividade nas Agências Reguladoras contrasta com a visão dos órgãos de defesa do consumidor. Nesses órgãos ou associações civis, o atendimento é individualizado e a preocupação é com a satisfação de cada demanda e com a solução de cada conflito.⁵⁴⁹ Essa preocupação se reflete na análise do perfil do consumidor realizada anualmente pelo órgão central do SNDC – atualmente a Senacon –, como pode ser observado nas tabelas constantes nos anexos E e F.

A tabela do anexo E, apresenta a porcentagem de consumidores em cada faixa etária no ano de 2011. A partir da observação, percebe-se que prevalecem os consumidores entre 31 e 40. A seguir, os que mais levam suas reclamações aos órgãos de defesa do consumidor são os adultos entre 41 e 50 anos, seguidos daqueles que se encontram na faixa dos 20 e ainda pelos que possuem entre 51 e 60 anos. Por fim, com menos de 10% do total de consumidores

⁵⁴⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 139.

⁵⁴⁸ PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52-53.

⁵⁴⁹ Há que se ressaltar, nesse tema, a possibilidade de órgãos de defesa do consumidor, conforme previsto no artigo 82 do CDC, representarem uma coletividade de consumidores em juízo. PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 7.

lesados que dirigiram suas reclamações fundamentadas estão os idosos acima de 60 anos e, em último, os jovens até 20 anos de idade.

Em 2012, a ordem dos que mais reclamaram para os que menos se manifestaram manteve-se a mesma. Observa-se, entretanto, uma diminuição na participação daqueles que já estavam na frente da lista, as faixas etárias entre 21 e 60 anos apresentou menor número percentual de reclamações em relação ao ano anterior. Inversamente, verificou-se aumento no número de idosos acima de 60 anos que reclamaram junto aos órgãos de defesa do consumidor.

Nota-se a tendência nas Agências Reguladoras à não vinculação ao consumidor individualmente. O RE 567454/BA serve de embasamento para essa postulação. No acórdão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que controvérsias entre a concessionária prestadora de serviço regulado e o consumidor não vincula a participação da respectiva Agência Reguladora. O que se conclui é que, ao afirmar que não é do interesse jurídico ou econômico da Agência Reguladora, expõe-se a não preocupação desses entes reguladores com a tutela individual.⁵⁵⁰

É utópica a ideia de que todos os cidadãos são igualmente tutelados pelo Estado e de que a todos são disponibilizados os serviços públicos. Marçal Justen Filho vê a exclusão como fenômeno econômico, que pode também ser encontrado em diversas searas. Dessa forma, inúmeras pessoas são excluídas dos interesses das Agências Reguladoras que visam a tutela de uma coletividade social, cultural e economicamente incluída.⁵⁵¹

A opção por considerar coletivamente o cidadão consumidor, a massificação, explica Adalberto Pasqualotto, transforma em vítimas a pessoa individualizada. A escolha de

⁵⁵⁰ EMENTA: TELEFONIA. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA. DECISÃO RECORRIDA QUE SE LIMITOU A EXAMINAR O CONTRATO ENTRE A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO E O CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANATEL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CAUSA DECIDIDA, TÃO-SOMENTE, COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. 1. Caso em que não se está a discutir o contrato de concessão entre a agência reguladora e a concessionária de serviço público. *A controvérsia não vincula senão o consumidor e a concessionária de serviço de telefonia. De mais a mais, a agência reguladora a ANATEL não manifestou, expressamente, interesse na solução da controvérsia. Pelo que não há falar de interesse, jurídico ou econômico, da ANATEL.* 2. A questão alusiva à cobrança da assinatura básica é unicamente de direito e não apresenta complexidade apta a afastar o seu processamento pelo Juizado Especial. 3. O mérito da causa está circunscrito à legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. Fica mantido o acórdão impugnado, que deu pela ilegalidade da cobrança da assinatura básica. (RE 567454, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01604)

⁵⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 348.

tratamento coletivo sem dar ouvidos ao indivíduo negligencia os interesses concretos do consumidor e desrespeita os direitos constitucional e legalmente instituídos. Quando os indivíduos são tratados como números, o desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor permanece.⁵⁵²

⁵⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 4.

CAPÍTULO 2 – ARTICULAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SNDC

A estrutura institucional criada inicialmente pelo CDC, que tem como meta o fortalecimento das relações de consumo não conseguiu cumprir seu papel coletivamente. Em outras palavras, no papel de sistema, parte significativa da doutrina que já foi visitada crê que o SNDC não foi bem sucedido, ainda que individualmente cada um dos órgãos tenha conseguido avanços para o ramo do Direito do Consumidor.

Paralelamente à tentativa de se implementar efetivamente o SNDC, foram criadas as Agências Reguladoras por um movimento de privatização impulsionado por motivações políticas, sociais e econômicas. O surgimento dessas instituições competentes para regular um setor de serviços que costuma atingir grande quantidade de consumidores atraiu a atenção dos defensores dos direitos do consumidor. As Agências Reguladoras poderiam ser uma nova saída para os problemas dos consumidores, especialmente nos ramos de consumo em que ocorrem mais conflitos entre consumidor e fornecedor, tais como telecomunicações e planos de saúde.

As Agências Reguladoras assumiram a tarefa de regulamentar, controlar e fiscalizar as atividades comerciais dos particulares. No exercício dessas tarefas, priorizaram a tutela do interesse público, a promoção da qualidade dos serviços e produtos e o incentivo a preços mais acessíveis. Não era só isso: sua atuação de certa forma passava também pela defesa do consumidor, no papel de princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, V, Constituição Federal de 1988), em especial em questões de maior amplitude como a defesa da concorrência e a preservação da autonomia de escolha dos consumidores.

A proposta é, cada vez mais, valer-se das Agências Reguladoras para incrementar esse sistema de modo a auxiliá-lo em sua efetividade na área que mais gera demandas de consumo: nos serviços regulados. Nesse momento singular em que o Estado se abre para novas possibilidades, permitindo maior participação privada em setores antes inteiramente controlados pelo Estado, as Agências Reguladoras representam, principalmente para os defensores do Direito do Consumidor e as associações de defesa do consumidor, maior aplicação do CDC por meio de novas instituições. Elas ganham destaque com o maior suporte dado ao CDC, tornando-o mais eficaz ao permitir que o Estado atue diretamente nas relações

de consumo. A relação entre as Agências Reguladoras e a efetividade do CDC é confirmada pela Pesquisa Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores do IDEC descrevendo a atuação das Agências Reguladoras como significativa no cotidiano dos consumidores já que lhes compete a fiscalização do mercado de modo a propiciar a manutenção do equilíbrio da relação de consumo.⁵⁵³

O desejo de estabelecer uma relação menos complicada entre o consumidor e as Agências Reguladoras serve de motivação para fortalecer o interesse do Estado na melhoria do modelo regulatório e nas mudanças que podem ser implementadas dentro das Agências Reguladoras. Na prática, com a novidade das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro foram abertas as portas para novas experiências.⁵⁵⁴ A adaptação dessa nova cultura de defesa do consumidor, que também veio como fruto da nova Constituição Federal, não foi fácil devido à falta de tradição de regulação no modelo estatal brasileiro. Isso, conforme descrito no relatório do IDEC, teve reflexos no atendimento às necessidades dos consumidores e acabou por prejudicar o ideal de universalização desses serviços regulados.

A divergência acerca do papel das Agências Reguladoras na defesa do consumidor não é apenas doutrinária, perceber-se-á que há discordância nesse aspectos dentro das próprias Agências Reguladoras. Ademais, existem ainda questionamentos por parte dos fornecedores acerca da atuação das Agências Reguladoras no mercado e de suas competências na tutela do consumidor, o que acirra ainda mais a discussão.

Por princípio, as Agências Reguladoras já procuram melhor relação com os consumidores, propiciando também a sustentação da tutela administrativa do consumidor. A ligação existente entre o SNDC e as Agências Reguladoras é corolário da relação entre o Estado e os direitos fundamentais. Parte do Estado, as Agências Reguladoras também precisam respeitar e cumprir os direitos fundamentais, dentre eles a defesa do consumidor. Além desse, outros argumentos são levantados para justificar a existência da relação entre as Agências Reguladoras e o SNDC.

⁵⁵³ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor*. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília, março de 2010, p. 11.

⁵⁵⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132.

2.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SNDC

A importância do papel das Agências Reguladoras, entidades reguladoras do mercado que prestam serviços de interesse público, requer uma atenção maior para seu papel na defesa do consumidor. A discussão acerca de sua relação com o SNDC também ganha contornos de grande importância em proporções nacionais, pois, como se sabe, trata-se de sistema que quer reunir os órgãos e entidades que atuam em prol da defesa do consumidor em todo país.

A discussão que envolve as Agências Reguladoras e o SNDC levanta o questionamento acerca do pertencimento ou não destas Agências Reguladoras ao sistema. A doutrina é quem mais se manifesta, mas ainda de forma divergente. Alguns defendem que as Agências Reguladoras são membros do SNDC, pois atuam na defesa do consumidor, ainda que indiretamente. Para essa corrente, independentemente da forma de defesa e do objetivo principal do órgão ou entidade, seja direta ou indiretamente, todo aquele que defende o consumidor é integrante do SNDC. Cite-se Antônio Carlos Efig, Bruno Miragem e Daniel Roberto Fink.⁵⁵⁵

Daniel Roberto Fink defende que todos os órgãos, seja os que atuam direta seja os que atuam indiretamente na defesa do consumidor, integram o SNDC. Esse sistema de defesa do consumidor visa a integração e reunião para promoção da defesa, por isso todos aqueles que atuem nesse sentido devem fazer parte dele.⁵⁵⁶ Bruno Miragem também entende que todos os órgãos que atuem, direta ou indiretamente na defesa do consumidor, são integrantes naturais do SNDC.⁵⁵⁷

Vitor Moraes de Andrade aborda a necessidade de se distinguir dentre os órgãos que atuam de alguma forma na defesa do consumidor aqueles que fazem parte do SNDC. A partir da adoção de postura ampla – SNDC em sentido lato, como qualifica o autor –, pertenceriam ao SNDC todo e qualquer órgão da Administração Pública que indiretamente protejam o consumidor. Em outras palavras, aqueles que, mesmo não tendo como função principal a

⁵⁵⁵ EFING, Antônio Carlos (org.). *Agências Reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010; FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵⁵⁶ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 816.

⁵⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 520.

defesa do consumidor, auxilia nessa tarefa. A adoção de postura estrita do SNDC, por outro lado, atribuiria apenas àqueles que atuem primordialmente na defesa do consumidor a característica de ser parte do SNDC, aqueles que atuam diretamente na proteção dos consumidores.⁵⁵⁸

A inserção das Agências Reguladoras no SNDC, ou pelo menos o trabalho em conjunto dessas entidades com o sistema, faria sentido graças a sua autonomia e independência. Isso fortalece o sistema, que além de ter órgãos públicos e entidades privadas, também seria ajudado (ou composto) por entidades públicas autônomas. As Agências Reguladoras são parte do Estado, mas tem autonomia, e com isso trazem novo enfoque a defesa do consumidor.

Há ainda os que entendem que não existe necessariamente uma relação de pertinência entre o SNDC e as Agências Reguladoras. Para estes doutrinadores, como, por exemplo, Leonardo Roscoe Bessa, as Agências Reguladoras não se encaixam como membros do SNDC por diversas razões, seja pela não previsão no artigo 105 do CDC, seja pela não subordinação à Senacon, conforme estabelece o artigo 106 também do CDC.⁵⁵⁹

Leonardo Roscoe Bessa afirma que a discussão acerca do pertencimento ou não de determinados órgãos ao SNDC não apresenta muita utilidade prática. Segundo explica, importa que determinado órgão atue de forma relevante na defesa do consumidor, sendo ou não considerado integrante do sistema. É dever de todo órgão ou entidade pública, integrando ou não o SNDC, respeitar os direitos do consumidor e promove-los. Igualmente, pertencendo ou não, o ideal é que haja constante interação entre os membros do SNDC e todos aqueles que trabalhem na defesa do consumidor.⁵⁶⁰

O que realmente importa é que as Agências Reguladoras atuem em consonância com esse sistema sem que isso implique, necessariamente, em qualquer obrigação entre eles ou na submissão à Senacon. Essa última corrente nota que seja a relação entre eles imposta ou não,

⁵⁵⁸ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

⁵⁵⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 387-388.

⁵⁶⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 367 e 387.

o que realmente importa é que atuem em conjunto.⁵⁶¹ Corroborando nesse sentido, Marilena Larazzini afirma que a atuação em conjunto dos órgãos integrantes do SNDC com as Agências Reguladoras fortalece o sistema. Por isso, é importante contar com a ajuda desses entes reguladores.⁵⁶²

Em concordância com o que defende Leonardo Roscoe Bessa, está claro que não é muito relevante a discussão e que o importante é a manutenção do diálogo e da interação entre as Agências Reguladoras e os membros do SNDC. A atuação das Agências Reguladoras como parte ou conjuntamente com o SNDC não desvirtua o modo de atuação e as competências da Agência Reguladora. Não faz diferença se pertence ou não, pois isso não garantirá resultados práticos. O que se torna realmente indispensável é a modificação nos atos e decisões da Agência Reguladora, pois são essas escolhas e atitudes que refletem no cotidiano do consumidor.

Não é necessário afirmar que as Agências Reguladoras integram fundamentalmente o SNDC. O que se defende é que elas devem exercer função também de defesa do consumidor. A mudança precisa ser nos atos, de modo a refletir nova linha de regulação, não no *status*. O SNDC, segundo os artigos 105 e 106, é contido por órgãos públicos e entidades privadas. As Agências Reguladoras, como órgãos do Estado, também têm como função constitucional, legal e até regulamentar de observar a Constituição Federal e a legislação brasileira que, na sua atuação, manda proteger o consumidor. As Agências Reguladoras fazem regulação entre o poder concedente e a concessionária, também disciplinam a relação entre a concessionária e o consumidor final. Nessa última, há relação de consumo. As Agências Reguladoras não podem, ao fiscalizar e regulamentar, deixar de considerar a defesa do consumidor.

O IDEC, em conjunto com o Ministério da Justiça, também se ocupou com esse assunto na pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor do Projeto Pensando Direito. Essa pesquisa postulou que, não obstante a importância da previsão normativa consolidada no CDC, enquanto se verificasse a fragilidade na institucionalização dessa norma, o consumidor permaneceria desprotegido. Por isso, investigou a possibilidade de fortalecimento da relação entre o CDC e as Agências Reguladoras com vistas a fortalecer o vínculo institucional do CDC por meio da regulação das atividades privadas. Também

⁵⁶¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 387.

⁵⁶² SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

promoveu o fortalecimento da participação social, estimulando o desenvolvimento de um novo sistema de defesa do consumidor.⁵⁶³

Essa irrelevância do pertencimento se justifica principalmente no fraco papel desempenhado pelo SNDC na sociedade brasileira. O sistema previsto no CDC visava promover a defesa do consumidor por meio da vinculação de órgãos públicos de todas as esferas, entretanto as diversas limitações estruturais e operacionais observadas por André Luiz Lopes dos Santos dificultaram a atuação do SNDC. Disso pode-se postular acerca do porquê de não ter sido obtida a efetividade esperada nem mesmo alcançada uma operacionalidade adequada, a despeito de haver previsão normativa nesse sentido. A participação estatal na seara de Direito do Consumidor ainda é considerada escassa e não conseguiu implementar eficazmente o sistema.⁵⁶⁴ Adalberto Pasqualotto confirma, nesse sentido, que o Estado historicamente optou por manter-se omissos, salvo alguns poucos avanços, e essa escolha parece persistir.⁵⁶⁵

Uma questão chave para a compreensão do fracasso do sistema é o isolamento. Ainda que cada órgão consiga cumprir razoavelmente bem o seu papel, eles o fazem de forma isolada. Não existem políticas coordenadas e o trabalho de cada um é sentido apenas localmente. O que se obteve de avanço na tutela do consumidor nas últimas décadas ainda não foi suficiente para criar estrutura institucional que atenda à demanda de defesa do consumidor. Marcelo Gomes Sodré também atribui a ineficiência, dentre outras razões, à atuação isolada dos integrantes do SNDC, que não condiz com um sistema.⁵⁶⁶

São lamentáveis os prejuízos decorrentes das limitações estruturais e operacionais do SNDC, que reduziram drasticamente o potencial que ele possuía.⁵⁶⁷ Desse sentimento de ausência e de pesar pela incompetência do ordenamento e dos sujeitos envolvidos, podem ser tiradas boas lições. A principal delas é a importância da interação e da ação conjunta dos órgãos. A lógica integrativa utilizada pelos que pensaram o sistema ainda é válida. O diálogo

⁵⁶³ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor*. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília, março de 2010.

⁵⁶⁴ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132-133.

⁵⁶⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 44.

⁵⁶⁶ SODRÉ, Marcelo. Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 255.

⁵⁶⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos. “A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil”, In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 132-133.

entre o SNDC e os outros órgãos que possam defender o consumidor pode criar uma estrutura bem maior e melhor organizada que privilegie a defesa do consumidor e busque a sua consolidação de forma integrada. Para o sucesso dessa proposta, destaque-se a participação do consumidor, especialmente por meio das associações civis, e a intercessão das Agências Reguladoras como elementos essenciais para garantir o aumento do diálogo entre os membros do SNDC e a maior integração do sistema.

2.1.1. Diálogo das Fontes

Como visto anteriormente, a atuação das Agências Reguladoras na defesa do consumidor leva à inevitável pergunta sobre a sua relação com o SNDC. Existem aqueles que entendem que as Agências Reguladoras são parte do SNDC e outros que sugerem a atuação dessas entidades em conjunto, entendendo não ser possível sua inserção no sistema em decorrência das características do próprio sistema. Aqueles que defendem que as Agências Reguladoras fazem parte do SNDC partem da ideia de elas serem a resposta para a carência do CDC de uma reforma ou melhoria institucional. Aqueles que entendem que não há relação de pertencimento, não negam a importância de que haja algum tipo de relação entre o sistema e essas entidades públicas reguladoras. Independentemente de que corrente se filiar, fato é que a relação deve existir e precisa ser aprimorada. A necessidade de justificativa teórico-filosófica para explicar a natureza desta relação motivou a trazer para esta pesquisa a ideia promovida no Brasil por Claudia Lima Marques do diálogo das fontes.

O Diálogo das Fontes envolve a incidência conjunta e harmônica de diferentes fontes legislativas que, ainda que não tenham campos de aplicação semelhantes, passam a ser convergentes. Claudia Lima Marques afirma ser o diálogo das fontes um método que pode ser utilizado tanto pelos tribunais na produção de jurisprudência quanto pela doutrina. É instrumento de grande importância para se solucionar as dificuldades interpretativas e aplicativas legais, especialmente por trabalhar com a associação entre as normas infraconstitucionais e constitucionais.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 19-22 e 9.

A base do diálogo das fontes é o respeito aos princípios constitucionais e aos direitos humanos. Por isso implicará sempre na aplicação conjunta e coerente de normas especiais e gerais de modo a promover os direitos fundamentais, tal como a defesa do consumidor. É, portanto, método valorativo, que antecipadamente opta pela tutela dos vulneráveis em vista do valor constitucionalmente expresso.⁵⁶⁹

Leonardo Roscoe Bessa reitera a importância de se adotar perspectiva constitucional quando da interpretação e aplicação de mais de uma norma de mesmo nível hierárquico, como são o CDC e as normas que regem as Agências Reguladoras. Segundo o autor, a ótica constitucional faz com que se busque a aplicação dos princípios constitucionais naquela relação privada, dando, a partir dessa relação, maior eficácia aos princípios e direitos constitucionalmente assegurados.⁵⁷⁰

Podem haver, como explicou Cláudia Lima Marques, três tipos de diálogo das fontes: diálogo sistemático de coerência, que justifica que uma norma sirva de referência conceitual para outra; diálogo de complementaridade e subsidiariedade, que implica a aplicação subsidiária de uma norma à outra, servindo assim de complemento à aplicação seja da lei, dos princípios ou de outras fontes normativas que atuem conjuntamente; diálogo de coordenação e adaptação sistemática, em que há troca e ressignificação quando se passa a ter influência recíproca entre as leis que integrem o diálogo (nesse caso, o próprio campo de aplicação das normas pode ser alterado).⁵⁷¹

Nota-se que há a utilização do método do diálogo como instrumento para a coordenação das fontes dentro desse complexo sistema jurídico o qual se estuda.⁵⁷² O diálogo das fontes entre as normas de direito privado que tutelam o consumidor se dá em função de sua evidente faceta constitucional. Destaque-se não apenas o estabelecimento de direitos, mas também os dispositivos legais que preveem, por exemplo, a criação e o estabelecimento do

⁵⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 59-64.

⁵⁷⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 91.

⁵⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 30-32.

⁵⁷² MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 30.

SNDC e a concomitante atuação das Agências Reguladoras, todos são motivados pelos valores constitucionalmente instituídos.

Em análise acerca da incidência do CDC no serviço público, por exemplo, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer observa que nos serviços públicos divisíveis e remunerados por tarifa, especialmente quando o usuário for destinatário final, há normalmente incidência das normas de defesa do consumidor. A exceção ocorre no caso de atividade empresarial em que exista algum tipo de vulnerabilidade técnica, econômica e/ou jurídica. Esse elemento faz com que o empresário possa ser considerado consumidor por equiparação e permite a aplicação do CDC. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer cita o exemplo de um profissional liberal de pouca renda que necessite utilizar o serviço de telefonia fixa. Com isso conclui que nem todo usuário poderá usufruir dos benefícios trazidos no CDC, somente aqueles que preencham os requisitos previstos na própria norma, o que caracteriza, nas palavras do autor, “nítido diálogo das fontes”.⁵⁷³

As normas de Direito Administrativo – que vêm dialogando com o Direito do Consumidor – também precisam ser ajustadas aos interesses e valores constitucionais. O diálogo das fontes aplicado a essas normas implicaria considerar o sistema de valores constitucionais e o diálogo sempre *favor debilis*.⁵⁷⁴ Bruno Miragem fala da possibilidade dessa aplicação referindo-se ao RMS 29.183-RS, no qual o Superior Tribunal de Justiça se vale da lógica constitucional e do direito fundamental à liberdade para justificar a manifestação sindical como meio de exercício de direito.⁵⁷⁵ De modo semelhante, também as

⁵⁷³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226, jan./mar. 2008.

⁵⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 59.

⁵⁷⁵ DIREITO SINDICAL. ORDEM DE SERVIÇO 3/2008 DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. REGRAMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE PROFESSORES E SERVIDORES DA ÁREA EDUCACIONAL EM EVENTOS SINDICAIS, SOCIAIS E CULTURAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL. INEXISTÊNCIA. RAZOABILIDADE DA MEDIDA PARA REPOSIÇÃO DOS DIAS LETIVOS E DA CARGA HORÁRIA. CUMPRIMENTO DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL.

1. Na origem, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação impetrou Mandado de Segurança contra a Ordem de Serviço 3/2008, da Secretaria de Estado da Educação, que dispõe sobre afastamento de membros do magistério e servidores ligados à pasta da Educação estadual para participarem de atividades de capacitação profissional e de eventos de cunho educacional ou sindical. Em síntese, o Sindicato afirma que a medida restringe a liberdade sindical constitucionalmente assegurada.

2. O Tribunal de origem denegou a segurança por entender que o cumprimento das disposições da Ordem de Serviço não implica “esvaziamento do direito de participação dos membros do magistério e dos servidores de escola na entidade sindical, tratando-se de medidas que visam, tão-somente, a regulamentar o afastamento dos servidores de seu posto de trabalho para participar das atividades promovidas pelo CPERS/Sindicato, não se caracterizando a suposta afronta ao artigo 64, inciso XVI, da LC-RS 10098/1994”. Consignou, ainda, que “as

normas de Direito Administrativo que instituem e regulamentam as Agências Reguladoras podem ser interpretadas à luz da Constituição Federal de modo a privilegiar os valores nela contidos. Defender que as Agências Reguladoras devem tutelar os interesses do consumidor é corolário lógico do desenvolvimento da teoria do diálogo das fontes, posto ser a defesa do consumidor direito fundamental.

2.1.2. Conflitos de Competência

O pouco que se notou de atos das Agências Reguladoras em prol do consumidor nas últimas décadas foi suficiente para perceber alguns problemas decorrentes dessa relação. O principal complicador que se notou foi a possibilidade de surgir conflitos de competência entre as Agências Reguladoras e os demais órgãos de defesa do consumidor. Como resolver esses conflitos ou evita-los é o assunto deste subitem.

A defesa do consumidor pelas Agências Reguladoras não representa um desvio de suas funções. Ela condiz com todos os ditames legalmente instituídos para estes entes, implica no respeito às normas constitucionais vigentes, sem contrariar as finalidades regulatórias de cada Agência Reguladora. A proteção do consumidor, em última instância, resulta na

normas transcritas não impedem a participação dos professores estaduais ou dos servidores de escola nas assembleias e demais eventos, destinando-se tão-somente a garantir o regular funcionamento das escolas em tais situações." 3. A hipótese evidencia suposta tensão entre normas constitucionais: de um lado o direito social à educação, de outro, a garantia de liberdade sindical.

4. Da leitura conjunta dos arts. 4º e 6º da Ordem de Serviço 4/2008 e do Parecer 14.483/2006, da PGE-RS, conclui-se que, para as atividades definidas como sindicais e classistas, realizadas durante o horário de trabalho dos professores, exige-se mera comunicação aos órgãos superiores, para que garantida a reposição da carga horária dos alunos.

5. Da mesma forma, os limites estabelecidos para a participação dos professores em eventos sociais e culturais são legítimos, pois servem para concretizar o direito à educação, regulamentado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB. Com efeito, o art. 24 da Lei 9.394/1996 preceitua que os alunos dos níveis fundamental e médio têm direito a um ano, com no mínimo 200 (duzentos) dias letivos e 800 (oitocentas) horas-aula. A medida garante, em última análise, a reposição dos dias letivos e da carga horária.

6. É assente que nenhum direito é absoluto ou insuscetível de restrição. O importante é garantir que o núcleo de cada um dos direitos previstos na ordem jurídica não seja atingido, restringindo-se o mínimo possível seu âmbito de incidência, a fim de que sua identidade seja respeitada. A ordem de serviço em apreço é materialização desse ajuste decorrente do "diálogo das fontes e entre direitos", pois concilia, na hipótese, os dois interesses em jogo, com o mínimo de restrição a cada um deles.

7. Assim, a OS 3/2008, da Secretaria de Estado da Educação, deve ser interpretada de acordo com os exatos termos do Parecer 14.483/2006 da PGE-RS, como, aliás, já consta de seu texto.

8. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 29183/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 31/08/2009) MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 105-107.

proteção da relação de consumo e do mercado. A manutenção e o respeito aos direitos a eles conferidos significam maior segurança para a realização de novas trocas comerciais, o que fortalece o mercado e aquece a economia, que necessita da constante circulação de riquezas.

As mudanças propostas no cenário da defesa do consumidor no Brasil – as Agências Reguladoras, trabalhando conjuntamente com os membros do SNDC – vêm para renovar e harmonizar as relações de consumo dando ao consumidor voz ativa em todas as instâncias e ao Estado, novo norte para atuação na tutela dos interesses do consumidor por meio da regulação. A ativa participação dos consumidores nesses órgãos públicos também propicia mais espaços de discussão entre os diversos atores envolvidos e afetados pela implementação dos direitos do consumidor.

Não se podem desconsiderar as dificuldades decorrentes dessa opção. A maior parte dos obstáculos à atuação das Agências Reguladoras na tutela do consumidor é decorrente da sua própria forma de organização e do modo como atuam. Surgiram no decorrer da última década propostas de mudanças e renovações na estrutura das Agências Reguladoras a fim de se facilitar a defesa do consumidor, prevenindo e combatendo os empecilhos já conhecidos e os que eventualmente virão. Ao adotar uma postura em prol do consumidor, o ente regulador encontrará novos desafios a sua atuação. A mesma ordem normativa e organizacional que serviu de justificativa para a tese aqui defendida também traz barreiras. As experiências de Agências Reguladoras e outros entes auxiliam na previsão de possíveis problemas, tais como os conflitos de competência que podem advir da aplicação de sanções administrativas.

Sanções Administrativas, para Leonardo Roscoe Bessa, são caracterizadas como respostas à qualquer tipo de ofensa às normas que tutelam o consumidor. Não se trata apenas de violação aos dispositivos do CDC, mas a todo e qualquer ato normativo que tutele o consumidor e seus interesses. O próprio dispositivo legal (artigo 56, *caput*) fala em “infrações das normas de defesa do consumidor”, não em “infrações das normas do CDC”.⁵⁷⁶

Sanção Administrativa, para Vitor Moraes de Andrade, será qualquer ato administrativo do qual a autoridade poderá se valer para apenar alguém em decorrência do descumprimento de obrigação legal. Para entendimento do conceito, o autor individualiza dois pontos cruciais, a autoridade sancionadora, aquela que tem competência legalmente

⁵⁷⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010

instituída para punir o infrator, e a norma violada, que serve de justificativa para aplicação da sanção.⁵⁷⁷

Lúcia Rêgo explica que as sanções administrativas previstas no CDC são fruto do poder punitivo que é conferido aos órgãos de tutela administrativa, atuando na sua esfera de competência. A autora sugere que seja estabelecido rol de princípios gerais que sejam aplicáveis à atuação punitiva e suas consequências pela Administração Pública.⁵⁷⁸ A autora ainda diferencia o ato punitivo da Administração, responsável pelas sanções administrativas com base em ilícito administrativo, do ato punitivo baseado em ilícito criminal. Naquele caso, trata-se do poder de autotutela da Administração, neste, de defesa social. Reitera também que a punição administrativa compete a todo e qualquer órgão da Administração, em suas três esferas, além do âmbito autárquico e fundacional. Já a punição criminal compete apenas ao Poder Judiciário.⁵⁷⁹

A aplicação de sanções administrativas pelos órgãos de defesa do consumidor na atualidade é feita com fulcro no artigo 56 do CDC, que estabelece doze diferentes tipos de sanções. Os artigos seguintes complementam o artigo 56 trazendo os detalhes necessários ao procedimento de aplicação das sanções. A suficiência dos artigos supracitados levou Leonardo Roscoe Bessa a afirmar que a falta de norma que regulamentasse o artigo não impediu que as sanções fossem aplicadas quando da entrada em vigor do CDC.⁵⁸⁰

As sanções previstas no artigo 56 do CDC são: multa, apreensão do produto, inutilização do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, proibição de fabricação do produto, suspensão de fornecimento de produtos ou serviços, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa, imposição de contrapropaganda. Cabe ressaltar ainda que o parágrafo único do mesmo artigo atribui à autoridade administrativa a competência para aplicar as sanções ali previstas, cada uma atuando no âmbito de suas atribuições, autorizando inclusive a aplicação cumulativa e por meio de medida cautelar.

⁵⁷⁷ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10-14.

⁵⁷⁸ RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor*: Regulamentação Estatal. São Paulo: RT, 2007, p. 84-85.

⁵⁷⁹ RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor*: Regulamentação Estatal. São Paulo: RT, 2007, p. 88.

⁵⁸⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 373.

Além do CDC, também fundamenta a aplicação das sanções o Decreto n. 2.181 de 20/03/1997, que, interpretando o artigo 1º, foi criado especificamente para organizar o SNDC e para estabelecer as normas gerais de aplicação das sanções administrativas. Outro diploma legal que serve de referência é a Lei 9.784/99, pois é responsável pela regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Federal. Por fim, alguns Procons possuem procedimentos internos e respeitam ainda normas estaduais que dispõem igualmente acerca do procedimento para imposição das sanções.⁵⁸¹

Vitor Moraes de Andrade classifica as sanções em reais, pessoais e pecuniárias. As sanções são reais quando incidirem sobre patrimônio ou bem do infrator ou sobre o objeto causador do ilícito. São exemplos: apreensão e inutilização do produto, cassação de registro e proibição de fabricação de produtos. As pessoais são as que são impostas ao sujeito passivo da sanção, restringindo sua liberdade ou retirando-lhe direitos, tais como: suspensão de fornecimento de produto ou serviço, suspensão temporária da atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença, interdição administrativa e imposição de contrapropaganda. As sanções pecuniárias são as que requerem pagamento de quantia em decorrência do ilícito, de acordo com critérios pré-estabelecidos pela lei. O exemplo é a multa.⁵⁸²

Bruno Miragem também classifica as sanções de forma semelhante: objetivas, subjetivas e pecuniárias. O citado autor explica que são sanções objetivas aquelas que impõem medidas a serem tomadas em relação aos produtos e serviços que ingressam ou permanecem no mercado de consumo. A nomenclatura objetiva, assim como no caso das reais, relaciona-se ao fato da sanção incidir sobre fato relativo ao objeto. As sanções subjetivas são aquelas aplicáveis na hipótese reincidência, salvo quando se tratar de revogação ou concessão de uso. A subjetividade está relacionada sempre à atividade do infrator, assim como nas pessoais, por isso nota-se junto ao fornecedor à reincidência, não ao produto, por exemplo. Por fim, também trata das sanções como pecuniárias. Estas seriam as que autorizam a imposição de pagamento de valor em dinheiro decorrente de multa. O autor

⁵⁸¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 373.

⁵⁸² ANDRADE, Vitor Moraes de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77-79.

afirma haver certa dificuldade por parte dos órgãos de defesa do consumidor na definição dos critérios de aplicação dessas multas.⁵⁸³

No que se refere aos órgãos competentes para aplicar a sanção, o artigo 5º, *caput*, do Decreto n. 2.181 de 20/03/97 afirma que qualquer órgão da Administração Pública, de qualquer esfera, desde que atuante na defesa dos interesses do consumidor, poderá apurar e punir infrações ao referido Decreto e à legislação das relações de consumo, desde que cada um respeite suas atribuições.⁵⁸⁴

Dentre as principais competências das Agências Reguladoras, a fiscalização confere a esses entes o poder de sancionar. Em qualquer área que atuar, ainda que existam outros órgãos que paralela e/ou concomitantemente atuem diretamente na defesa do consumidor, as Agências Reguladoras podem se valer de seu poder de polícia para aplicar multas nos casos em que julgar cabíveis, respeitando o princípio da legalidade.

O problema decorrente da atuação sancionatória das Agências Reguladoras no âmbito da defesa do consumidor é o possível conflito de competência que emergirá. Esses entes ganham competência sobre questões que já estão tuteladas por outros órgãos. A existência de dois representantes públicos com atribuição para cuidar de uma mesma situação certamente gerará, como tem acontecido, discussões acerca da possibilidade de se falar em conflito de competência.

Bruno Miragem explica que no artigo 18, §3º do Decreto n. 2.181 de 20/03/1997, existe a previsão de que, excluídas as penas de multa, de apreensão de produto e de imposição de contrapropaganda, todas as outras, existindo órgão normativo ou regulador daquela atividade específica, devem ser submetidas à confirmação por esse órgão competente – que geralmente será uma Agência Reguladora. Isso não exclui a possibilidade que outros órgãos, de outros setores, mas que atuem na defesa do consumidor, imponham também sanções aos serviços regulados. São questões diversas: de um lado, competência regulatória, de fiscalização e controle, de outro, competência de ordem pública de defesa do consumidor, que emergirá em cada situação.⁵⁸⁵

⁵⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 540-544.

⁵⁸⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 372.

⁵⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 539

Vitor Morais de Andrade explica que dois problemas que são enfrentados na aplicação das sanções administrativas são “a multiplicidade de normas que disciplinam o mesmo objeto e a multiplicidade de agentes que se julgam competentes ou não para aplicar e fiscalizar possíveis sanções”. Essas questões, explica o autor, são responsáveis pelo surgimento dos conflitos.⁵⁸⁶

Os conflitos causam alguns problemas como os listados por Leonardo Roscoe Bessa: eficácia reduzida do SNDC em decorrência da desorganização e da falta de racionalidade nas escolhas e na sua atuação; possível ocorrência de *bis in idem* decorrente do duplo sancionamento; falta de punição por infração contra os interesses e violação à norma de defesa do consumidor.⁵⁸⁷

Todos os órgãos integrantes do SNDC possuem competência concorrente, além de poderem, complementarmente, promover o recebimento da denúncia, a apuração de irregularidades e a promoção da proteção e defesa dos consumidores.⁵⁸⁸ Essa competência concorrente dificulta a não ocorrência de conflitos, ainda assim, o que se espera é que haja o sancionamento, havendo dupla aplicação, far-se-á a busca por uma solução intermediária e proporcional.⁵⁸⁹

Quando trata dos conflitos de atribuições entre Procon e outros órgãos, Leonardo Roscoe Bessa os classifica em dois tipos: horizontais e verticais. O conflito seria vertical quando ocorrer entre órgãos que atuem de forma direta na tutela dos interesses do consumidor e no caso em que ambos entendam ter competência para aplicar a sanção em resposta a uma determinada conduta.⁵⁹⁰

Também Marcelo Gomes Sodré trata desses conflitos verticais ressaltando inicialmente a inexistência de hierarquia entre os órgãos. Entretanto, as possíveis divergências

⁵⁸⁶ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

⁵⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 389.

⁵⁸⁸ SENACON. Sistema Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BF1FE712C-5F2A-407D-AA37-22786B860046%7D&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B1A043C30%2D25C4%2D4DC6%2DA708%2D013D00747459%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 21 dez. 2012.

⁵⁸⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 389.

⁵⁹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 388-390.

ou conflitos de competência entre órgãos de esferas diferentes são ainda conhecidas como verticalmente dispostos.⁵⁹¹ O conflito vertical, explica Vitor Morais de Andrade, é aquele que ocorre entre quaisquer órgãos da Administração que se julgam competentes para regulamentar e fiscalizar a prestação do serviço ou o fornecimento do produto derivado da relação de consumo.⁵⁹²

Vitor Morais de Andrade qualifica como verticais os conflitos que ocorrem entre os entes públicos que atuem na tutela dos interesses do consumidor, quando ambos se julgarem competentes para tratar de infração as normas previstas no CDC cometida por um mesmo fornecedor e sendo necessário que o resultado da infração tenha reflexos em mais de um município ou mais de um estado de modo a justificar a existência do conflito.⁵⁹³

Bruno Miragem explica que no caso de sobreposição de atuações dos órgãos, ou seja, conflitos em face de competências municipais que precedam as mesmas nos âmbitos estadual e federal, haveria autorização para a apuração por parte de mais de um órgão administrativo. Assim como os demais, também observa a solução com base no artigo 5º, parágrafo único, do Decreto n. 2.181 de 20/03/1997.⁵⁹⁴

Uma possível solução, portanto, seria dada pelo próprio Decreto n. 2.187 de 20/03/1997. O artigo 5º parágrafo único do referido Decreto atribui ao órgão central do SNDC, ou seja, à Senacon, o poder de dirimir conflitos quando for instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direitos público distintas para apuração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor. Essa solução dada pela lei é, entretanto, confusa e conflitante. Conforme Marcelo Gomes Sodré explica, a própria lei, no *caput* do artigo 5º, atribui a qualquer órgão da Administração Pública, seja ele federal, estadual ou municipal, a competência de apurar e punir infrações, ou seja, a competência é concorrente. Desde que respeitando a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica. Desse modo, a primeira contradição está em decidir quem irá julgar se a lei confere a todos a atribuição.⁵⁹⁵ Outra questão, já levantada, é decorrente da autonomia de

⁵⁹¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 282-284.

⁵⁹² ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73-74.

⁵⁹³ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135.

⁵⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 523.

⁵⁹⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 282-283.

certos órgãos que não se sujeitam às decisões do órgão geral, como quer o artigo 106 do CDC.

Como solução para as diversas situações conflitantes entre órgãos e normas, há quem defenda ser a mais viável valer-se dos órgãos superiores deste sistema com vistas à uniformização do entendimento e à regulamentação de questões controversas, gerando maior coerência ao SNDC.⁵⁹⁶ Bruno Miragem já nota que a competência conferida ao DPDC – na verdade se refere ao órgão federal máximo do SNDC, que atualmente é a Senacon – é uma solução razoável e tranquila quando as pessoas jurídicas envolvidas são da mesma unidade federativa. Bruno Miragem entende que a atribuição de coordenação e organização do SNDC conferida à Senacon confere ao órgão capacidade de dirimir conflitos, desde que dentro das limitações impostas pela legislação. Desse modo, ultrapassados esses limites, a solução do conflito de competência dos órgãos administrativos não seria devida.⁵⁹⁷

Diferentemente, o conflito horizontal, como explica Leonardo Roscoe Bessa, ocorre entre órgãos que atuam na defesa dos interesses do consumidor apenas de forma mediata, estando seu foco em campos diferentes. O conflito surge porque estão atuando concomitantemente com outro órgão que atua efetivamente na defesa do consumidor ou porque eles se negam a exercer esse papel que é constitucional e legalmente atribuído a todos os integrantes do Estado.⁵⁹⁸

Os conflitos horizontais, segundo Vitor Morais de Andrade, são aqueles que ocorrem entre órgãos que atuam na fiscalização de setores diversos e que indiretamente defendem o consumidor. Seria aquele em que mais de um órgão se julga competente para aplicar sanção administrativa, especialmente quando o dano envolver mais de uma esfera de competência, por exemplo, cita o autor, mais de um município ou mais de uma unidade federativa. Também pode ser explicado relacionando órgãos de áreas diferentes que entendem ser ou não competentes para aplicação da sanção por infração a normas do CDC ou os dispositivos a ele relacionadas que tutelem os interesses do consumidor.⁵⁹⁹ Excepcionalmente se houver sanção

⁵⁹⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 283-284.

⁵⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 523.

⁵⁹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 388.

⁵⁹⁹ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73-74 e 135.

aplicável ao mesmo fato e fundamento em claro conflito horizontal, a solução está na articulação entre os órgãos, especialmente por meio de convênios ou delegação.⁶⁰⁰

Vitor Morais de Andrade ainda afirma que não há que se falar em conflito de competência entre Agências Reguladoras e os órgãos administrativos criados especificamente para a defesa do consumidor, como o PROCON. O primeiro argumento seria o não pertencimento desses entes regulatórios ao SNDC – o autor defende uma concepção estrita do SNDC o que leva a entender que esses órgãos que apenas indiretamente atuem em prol do consumidor façam parte do Sistema.⁶⁰¹ Um segundo ponto é que havendo conflito com uma Agência Reguladora, trata-se de conflito horizontal e nesse caso, como são planos independentes, não há conflito de competência. Quando atuam em vista de sua finalidade – em geral a regulação do mercado –, as Agências Reguladoras aplicam também sanções previstas em suas leis instituidoras ou regulamentares. Não haverá nesse caso possibilidade de ser o mesmo fato e o mesmo fundamento, como explica Leonardo Roscoe Bessa.⁶⁰² Por isso a inexistência real do conflito e a impossibilidade de se falar em *bis in idem*. Vitor Morais de Andrade ainda complementa que nos setores regulados, as demais finalidades desses órgãos públicos acabam contribuindo para a defesa do consumidor, especialmente quando se trata da busca pela eficiência do mercado regulado.⁶⁰³

Nesse sentido, podem ser citadas decisões do Superior Tribunal de Justiça que merecem destaque nesse tema.⁶⁰⁴ No RMS 24.921–BA, observa-se que não há possibilidade

⁶⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 391.

⁶⁰¹ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133-135.

⁶⁰² BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 390.

⁶⁰³ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 142.

⁶⁰⁴ “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON À COMPANHIA DE SEGUROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.

1. Na hipótese examinada, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, em face da aplicação de multa administrativa em decorrência de processo que tramitou no PROCON, a qual violaria direito líquido e certo por incompetência do órgão de proteção ao consumidor, pois as companhias de seguro somente podem ser supervisionadas pela SUSEP.

2. O tema já foi analisado por esta Corte Superior, sendo consolidado o entendimento de que o PROCON possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em *bis in idem* em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP.

de haver conflito, pois não houve sequer sanção ou manifestação por parte da SUSEP. Ainda que houvesse, como visto anteriormente, tratar-se-ia de conflito horizontal, entre órgão de setores diferentes, o que não geraria *bis in idem*. No caso do REsp 1.138.529, em havendo punição por parte do Procon e da ANATEL, novamente não há que se falar em *bis in idem* e não há problemas em existir um conflito horizontal, pois cada um atua em seu setor. Ambos são competentes, e podem aplicar as sanções que julgarem necessárias.

Há que se concluir, portanto, que no caso do conflito horizontal, não há ocorrência de *bis in idem*. Como a atuação é em áreas independentes e autônomas, a defesa do consumidor será resultado de produção naquela área, o que acaba por justificar a incidência de mais de uma sanção, como se fossem esferas diferentes. Não se pode descartar a via judicial como

3. Nesse sentido, em hipóteses similares, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 24.708/BA, 1a Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.6.2008; RMS 25.065/BA, 1a Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 5.5.2008; RMS 26.397/BA, 2a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 11.4.2008; RMS 25.115/BA, 2a Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28.3.2008. 4. Desprovemento do recurso ordinário.” (RMS n. 24.921 – BA. Relator(a): Ministra DENISE ARRUDA. Órgão Julgador: Primeira turma. Data do Julgamento: 21/10/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 12/11/2008)

“PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO PROCON. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. VALIDADE DA CDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COMPETÊNCIA DO PROCON. ATUAÇÃO DA ANATEL. COMPATIBILIDADE.

1. A recorrente visa desconstituir título executivo extrajudicial correspondente à multa aplicada por Procon municipal à concessionária do serviço de telefonia. A referida penalidade resultou do descumprimento de determinação daquele órgão de defesa do consumidor concernente à instalação de linha telefônica no prazo de 10 (dez) dias.

2. No que concerne à alegação de divergência jurisprudencial, o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão impugnado. Com efeito, o exame da razoabilidade e da proporcionalidade das multas aplicadas nos acórdãos cotejados foi apreciado sob o contexto específico de cada caso concreto, que retratam condutas diversas, com peculiaridades próprias e potenciais ofensivos distintos.

3. Não se conhece do recurso no tocante à apontada contrariedade aos arts. 17, 24, 25, 26 e 28 do Decreto Federal 2.181/97; e ao art. 57 do CDC, pois realizar a dosimetria da multa aplicada implica no revolvimento dos elementos fáticos probatórios da lide, ensejando a aplicação da Súmula 07/STJ. Verifica-se o mesmo óbice quanto à aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade.

4. Não há violação ao art. 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido examina todos os pontos relevantes à resolução da lide, apenas não acolhendo a tese sustentada pela recorrente.

5. Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária.

6. No caso, a sanção da conduta não se referiu ao descumprimento do Plano Geral de Metas traçado pela ANATEL, mas guarda relação com a qualidade dos serviços prestados pela empresa de telefonia que, mesmo após firmar compromisso, deixou de resolver a situação do consumidor prejudicado pela não instalação da linha telefônica.

7. Recurso conhecido em parte e não provido.” (REsp 1.138.591 – RJ. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador: Segunda turma. Data do Julgamento: 22/09/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 05/10/2009)

solução para possíveis conflitos. Se houver conflito entre pessoas jurídicas de diferentes origens, como exemplifica Daniel Roberto Fink, pode ser difícil a solução, especialmente se são unidades federativas distintas. Por isso, o ideal seria a solução do conflito pelo Poder Judiciário.⁶⁰⁵

Na estrutura já existente, não se falava em conflito, mas sim em exercício de competências ou jurisdições que, como regra, não são excludentes. José Reinaldo de Lima Lopes afirma que levantamento realizado na USP acerca das decisões do CADE mostrou que as decisões judiciais costumavam ser mais favoráveis ao consumidor do que aquelas proferidas em sede administrativa. Cita como exemplo o processo n. 46/92 que fora julgado em 1998. Segundo relata, o consumidor obteve a anulação da cláusula contratual abusiva em juízo. Entretanto, no CADE, órgão que atua em defesa da concorrência, a decisão foi que o mérito deveria ser decidido observando se a prática do agente econômico interferiria na concorrência e se haveria prejuízo à concorrência devido ao aumento de preço. Essa opção fez com que a decisão final fosse contrária ao interesse do consumidor.⁶⁰⁶

A proposta de articulação, diálogo e interação constante entre os órgãos de defesa do consumidor em todas as instâncias visa evitar problemas como os estudados. A harmonização das relações entre Agências Reguladoras e órgãos do SNDC leva a atuações conjuntas e sistêmicas, o que diminui a incidência de conflitos de competência. Existe, nesse sentido, a necessidade dos órgãos municipais e estaduais manterem certa coerência.⁶⁰⁷

2.2. OTIMIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SNDC

As Agências Reguladoras são os entes responsáveis pela intervenção do estado na economia e pela garantia de qualidade e continuidade na prestação dos serviços públicos

⁶⁰⁵ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 822-823.

⁶⁰⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁶⁰⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 389.

regulados. Defende-se aqui que também deve ser imputada a ela a defesa do consumidor.⁶⁰⁸ O trabalho em conjunto das Agências Reguladoras com os órgãos do SNDC – seja em articulação, seja como parte do SNDC – pode propiciar diversas melhorias na defesa e proteção dos direitos do consumidor no Brasil. Como visto, o modelo administrativo e normativo que as circunda já privilegia essa defesa e possibilita que atuem ativamente na tutela do interesse do consumidor. Na prática, as coisas são um pouco diferentes.

A experiência mostrou que apesar das Agências Reguladoras apresentarem potencial para contribuir significativamente com a defesa dos consumidores, a realidade ainda deixa a desejar e a tutela fica aquém do esperado. Desde a instituição das Agências Reguladoras, a movimentação doutrinária em favor dessa atuação em prol do consumidor fez com que alguns projetos de lei começassem a tramitar no Congresso e também foram discutidas ideias para melhorar essa atuação. A criação de uma Agência Reguladora especificamente voltada para a atuação na defesa do consumidor e a modificação de parte da estrutura organizacional e normativa desses entes de modo a garantir papel mais ativo dos consumidores e/ou órgãos públicos de defesa do consumidor foram algumas dessas propostas.

Existem ainda outras sugestões de melhoria das Agências Reguladoras para que promova melhor a defesa do consumidor, por isso uma escolha precisa ser feita. A opção de trabalhar com os temas abaixo visou privilegiar os meios ou soluções que aparentemente seriam mais eficientes e que teriam maiores e melhores repercussões para os consumidores. As propostas/mudanças são organizadas em dois grupos. Primeiramente aquelas medidas que já estão em uso: o SINDEC, as reuniões trimestrais entre os membros do SNDC e convidados, ambos como formas de integração e comunicação entre os órgãos do SNDC e também entre estes e quaisquer outros órgãos que articulem com eles, e os grupos de trabalho especializados tecnicamente. Em seguida, também propostas que podem alterar o cenário da defesa do consumidor no Brasil: i) a criação de uma Agência Reguladora especificamente voltada para a defesa do consumidor; ii) a aprovação do Projeto de Lei n. 3.337/04, Lei das Agências Reguladoras. Por fim, uma análise é feita a partir de elementos já implementados e de outros ainda propostos tratando da participação dos consumidores de forma mais ativa no SNDC e nos órgãos que atuarem em defesa do consumidor. É abordada a possibilidade de seus

⁶⁰⁸ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 139.

representantes participarem mais ativamente nas Agências Reguladoras, atribuindo poder de voto e de veto para que possam tutelar seus interesses nas audiências e consultas públicas.

2.2.1. Melhorias implantadas e a serem implementadas

Um novo ponto de equilíbrio na busca por novas propostas e soluções veio com o SINDEC, que é cadastro nacional que reúne dados dos Procons de todo o Brasil. O recurso utilizado para implantar essa proposta foi um sistema de dados informatizado que reúne informações de centenas de órgãos de defesa do consumidor espalhados por todo o país.

O SINDEC, de acordo com o que divulga a Senacon em seu sítio na internet, pode ser qualificado, seguindo o que dispõe o artigo 106 do CDC, como uma política pública que cria um sistema de distribuição informacional utilizando-se de meios tecnológicos visando integrar e fortalecer o SNDC a partir de uma maior abertura ao diálogo entre seus órgãos. Esse sistema registra todo tipo de procedimento ocorrido nos órgãos em defesa do consumidor, promovendo melhorias e viabilizando a criação de cadastros locais e nacional contendo as reclamações dos consumidores e seus fundamentos.⁶⁰⁹

Leonardo Roscoe Bessa explica que o SINDEC é um banco de dados que é administrado pelo órgão federal que chefia o SNDC, atualmente a Senacon, alimentado constantemente com informações acerca do atendimento nos Procons.⁶¹⁰ A sua concretização, como também explica Vitor Morais de Andrade, é feita por meio de um *software* que integra os órgãos de defesa direta do consumidor, em especial Procons estaduais e municipais.⁶¹¹

O SINDEC reúne informações de 24 estados, do Distrito Federal e de 211 municípios, promovendo a publicidade, a prevenção e desenvolve políticas públicas nacionais, no âmbito

⁶⁰⁹ SENACON. O que é o Sindec. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B80F6148E-C535-4E4D-B18E-D29159059050%7D&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC19E6D08%2D3E4C%2D4F06%2D95C1%2D26F992324E98%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 21 dez. 2012.

⁶¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 386.

⁶¹¹ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158.

do SNDC, de defesa do consumidor.⁶¹² Leonardo Roscoe Bessa analisa o SINDEC e nota ser um importante meio de controle da sociedade, pois, ao valer-se de seus direitos, promove o fortalecimento e a harmonia no mercado de consumo.⁶¹³

Vitor Morais de Andrade também observa que o SINDEC é ferramenta de grande valor para o SNDC, pois facilita e concretiza a integração de seus membros. Daí afirmar que é uma verdadeira conquista de todos envolvidos com a relação de consumo, e garante que o atual momento em que se encontra o cadastro, a significativa base de dados e a quantidade de informações dele provenientes servem de fonte para que o Estado organize uma política de melhor atendimento e maior proteção aos consumidores. É possível melhorar o canal de contato com os fornecedores, especialmente os mais problemáticos, e garantir melhor prestação para os consumidores. O SINDEC fortalece o poder de fiscalização e controle público viabilizando o desenvolvimento de políticas públicas de defesa do consumidor.⁶¹⁴

O diálogo de informações entre os órgãos do SNDC é o que permite o fortalecimento do sistema. De forma análoga, o sucesso da atuação das Agências Reguladoras em articulação com o mesmo sistema requer a constante troca de informações. O cumprimento de suas funções precípua leva também a melhorias para o SNDC. Ao aprimorar e viabilizar o diálogo entre os órgãos a ele pertencentes, o SINDEC promove o fortalecimento do SNDC. Se o sistema se desenvolve, seu papel ganha mais força e maior destaque no dia-a-dia das pessoas. A eficácia do SINDEC tem relação direta com a efetividade do SNDC.

O SINDEC é arma poderosa nas mãos dos órgãos de defesa do consumidor para buscar junto às Agências Reguladoras maior ação em prol do interesse aqui defendido. Esses entes reguladores têm força para aumentar significativamente o atendimento ao cidadão e

⁶¹² BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 378; e SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013, p. 1.

⁶¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 379 e 386-387; SENACON. O que é o Sindec. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B80F6148E-C535-4E4D-B18E-D29159059050%7D&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC19E6D08%2D3E4C%2D4F06%D95C1%2D26F992324E98%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 21 dez. 2012

⁶¹⁴ ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158 e 162.

garantir acesso a quem ainda não tem, além de deter poder coercitivo junto aos fornecedores de serviços regulados o que costuma ser importante na solução de conflitos de consumo.⁶¹⁵

O SINDEC garante o exercício do direito básico à informação dos consumidores. Exemplo desse tipo de proteção são os boletins publicados anualmente pela Senacon que visam informar com dados do SINDEC o número de atendimentos aos consumidores realizados anualmente, dentre outros dados. O próprio boletim descreve que seus principais objetivos são dar acesso e informação à população sobre os conflitos de consumo mais recorrentes; promoção do trabalho realizado pelos membros do SNDC; servir de estímulo para mudanças no mercado, tanto no que se refere ao respeito ao consumidor quanto à qualidade do atendimento; assegurar a manutenção do controle social sobre o mercado com fim de continuar crescendo.⁶¹⁶

Além do SINDEC, outro instrumento que tem sido usado para manter unidos os membros do SNDC de modo a formar um verdadeiro sistema são as reuniões. De três em três meses, os órgãos e entidades públicas ou privadas integrantes do SNDC se reúnem. As informações fornecidas pela Senacon são que o propósito dessas reuniões é realizar análises conjuntas das dificuldades enfrentadas pelos consumidores de modo a desenvolver planos de defesa, citando como exemplo fiscalizações conjuntas, buscas por entendimentos harmônicos e o desenvolvimento de políticas públicas visando a defesa do consumidor.⁶¹⁷

As reuniões, lideradas e organizadas pela Senacon, envolvem todos os membros do SNDC, além de outros interessados na defesa do consumidor. Atualmente, envolvem também a participação de políticos e entidades privadas. Elas viabilizam a discussão e a unificação de conceitos e impressões. A busca por uma só voz, mais forte e centrada no interesse do consumidor.

Daniel Roberto Fink nota que a integração entre os órgãos que fazem parte do SNDC é promovida por essas reuniões periódicas, por seminários e congressos nos quais as autoridades do assunto e doutrinadores se reúnem a fim de direcionar a sua atuação e

⁶¹⁵ 72ª Reunião do SNDC. Natal – RN. 21 e 22 de maio de 2012.

⁶¹⁶ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013, p. 1.

⁶¹⁷ SENACON. Sistema Nacional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BF1FE712C-5F2A-407D-AA37-22786B860046%7D&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B1A043C30%2D25C4%2D4DC6%2DA708%2D013D00747459%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 21 dez. 2012.

estabelecer prioridades. Igualmente deve ser estimulada a integração com os órgãos externos ao SNDC que atuam na defesa do consumidor.⁶¹⁸

Antes mesmo de existir o SNDC, já eram realizadas reuniões com certa periodicidade do antigo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Reuniam-se os mais diversos interessados de modo a dar representatividade aos diversos interesses existentes à época. As discussões geravam soluções legitimadas pela diversidade dos presentes e que eram sempre cumpridas face a força que ganhou o citado Conselho junto às partes da relação de consumo.⁶¹⁹

Um terceiro recurso que tem sido utilizado em âmbito federal para a melhoria da defesa dos interesses do consumidor foi trazido pela lei: trata-se do concurso de órgão técnico. O artigo 106, parágrafo único, do CDC, dispõe que a Senacon pode contar, em sua atuação, com o auxílio de órgãos e entidades especializados técnica-cientificamente.⁶²⁰

A Senacon, valendo-se deste dispositivo, criou o Grupo de Órgão Técnico GEPAC (Grupo de Estudos Permanentes de Acidentes de Consumo) para que pudesse articular com órgãos técnicos competentes na proteção contra os riscos à saúde e segurança dos consumidores. Segundo a Portaria n. 68 de 16.09.2010, o GEPAC busca a definição e promoção de estratégias de atuação para coibir comercialização de produtos ou serviços que coloquem em cheque a saúde e a segurança. O GEPAC era coordenado pelo Secretário da Senacon e composto por representantes de diversos órgãos, tais como do Ministério Público Federal e Estadual (SP e DF), Fundação Procon/SP, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor - MPCon, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon, Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, ANVISA e Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN.⁶²¹

⁶¹⁸ FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 811.

⁶¹⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

⁶²⁰ CDC, art. 106. (...)

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica.

⁶²¹ SENACON. Notícias. Portaria amplia grupo de estudos permanente de acidentes de consumo. Publicada em: 21.09.2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD360C243-5DBF-4518-AD17-B551180E77C3%7D;&UIPartUID=%7B2218FA-F9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>> Acesso em: 23 dez. 2012.

Esse trabalho em conjunto gerou uma cooperação entre os órgãos e permitiu novas discussões visando prevenir possíveis acidentes de consumo. A partir de algumas premissas básicas, tais como os princípios da vulnerabilidade do consumidor, da transparência, da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo; os direitos básicos à vida, à saúde, à segurança; as obrigações do fornecedor de não colocar no mercado produtos ou serviços nocivos ou perigosos, de informar sobre a existência da periculosidade aos consumidores; a participação dos fornecedores no mercado de consumo globalizado e a articulação das autoridades competentes na proteção da saúde e segurança dos consumidores transnacionalmente.⁶²²

A principal recomendação resultante da criação do GEPAC referiu-se ao *recall*. As considerações previstas na Recomendação n. 01/2012 levaram o grupo a propor que as importadoras e/ou subsidiárias de fornecedores de produtos e serviços que sejam objeto de *recall*, informem no Brasil às autoridades competentes quanto à situação dos produtos revendidos no país.⁶²³

Recentemente, o Ministério da Justiça anunciou a criação de sistema de alerta rápido de *recalls* por meio eletrônico. Assim que informado do *recall*, todos os órgãos do SNDC, além de Agências Reguladoras e consumidores cadastrados também o serão por meio desse sistema.⁶²⁴ Esse sistema atinge a todos de forma a obter maior divulgação das informações que interessam ao consumidor.

Outro grupo de trabalho criado visando o mesmo tipo de concurso foi o RCSS-GT Brasil – Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Consumo Seguro e Saúde. O RCSS-GT Brasil foi criado pela articulação entre a ANVISA e o INMETRO. Essa parceria visa não apenas compartilhar informações e trazer para o país ações da Rede de Consumo Seguro das Américas, mas também melhorar o diálogo, a interação e o trabalho em conjunto dos órgãos integrantes do SNDC, da vigilância sanitária e da metrologia.⁶²⁵

Recentemente, a Senacon e a ANATEL também criaram um grupo de trabalho com fim de elaborar termo de cooperação para proteção e defesa dos consumidores das

⁶²² Recomendação n. 01/2012. GEPAC.

⁶²³ Recomendação n. 01/2012. GEPAC.

⁶²⁴ SENACON. Notícias. Ministério da Justiça anuncia novo sistema de alertas de recall. Publicada em: 14.03.2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD457F8D7-CD78-40D2-B508-0A42713A6667%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>> Acesso em: 23 dez. 2012.

⁶²⁵ Senacon. Notícias. MJ vai integrar Grupo de Trabalho sobre Consumo Seguro e Saúde. Publicado em: 21/06/2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D&Team=¶ms=itemID=%7B66DD7909-650F-40DB-B8A8-401E017B885C%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>> Acesso em: 23.12.2012.

telecomunicações. Conforme a Senacon explica em seu sítio, o termo tem a intenção de garantir a troca de informações e também a atuação integrada das partes na prevenção e repressão aos conflitos de consumo dessa área, que é a mais conflituosa no Brasil. Só em 2011 (dados do SINDEC), 22,9% das reclamações de consumo registradas eram das telecomunicações. Em 2012, conforme informações obtidas junto à Senacon/SINDEC, 27% dos atendimentos realizados até Junho/2012 eram tocantes aos serviços regulados. Não só a demanda aos Procons aumentou, mas também a quantidade percentual de reclamações sobre esses serviços.⁶²⁶

Dentre as principais demandas nos Procons atualmente, segundo informa a Senacon, estão a ampliação de acesso ao crédito, a proteção de dados pessoais, as novas tecnologias e o comércio eletrônico, a qualidade e a segurança de produtos, o consumo e o meio ambiente e o impacto regulatório para o consumidor.⁶²⁷

Além de constatar a existência dos problemas, é preciso prever também soluções. No decorrer das últimas décadas, algumas propostas foram discutidas no Congresso buscando melhorias no sistema e promoção da defesa do consumidor. Já houve um projeto de criação de Agência Reguladora que atuaria na defesa da concorrência e do consumidor. Como regra, as Agências Reguladoras foram instituídas com os olhos voltados para um determinado setor econômico. Essa proposta criaria um modelo diferente de Agência Reguladora.⁶²⁸

Nos anos 2000, relata Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, quando surgiu a ideia dessa Agência Reguladora, houve rejeição unânime dos dois lados: tanto os órgãos de defesa do consumidor quanto os de defesa da concorrência se posicionaram contrários à junção dos dois temas sob a regulação de uma mesma Agência Reguladora. Apesar da resistência, a coerência entre os dois temas já havia sido notada em outros países, que criaram, antes mesmo dessa tentativa no Brasil, Agências Reguladoras que reúnem as duas áreas. Nos Estados Unidos, cita a autora, a *Federal Trade Commission* é responsável pelas duas atividades.⁶²⁹

À época do debate acerca da criação da referida Agência Reguladora, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, houve maior preocupação com a concorrência e com a defesa do

⁶²⁶ Vide tabela do anexo B e ainda: Disponível em: <www.mj.gov.br/Senacon> Acesso em: 23.12.2012.

⁶²⁷ Vide tabela do anexo A.

⁶²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁶²⁹ RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005, p. 120-121, 123.

capital. Ressalta que o consumidor – que qualifica como “lado de fora do capital” – foi pouco considerado. Mesmo na proposta de sua estrutura organizacional, o autor observa que o consumidor era deixado de lado, o que prejudicaria a intenção de defesa do consumidor.⁶³⁰ Por isso, se tivesse prosperado, imagina-se que o aspecto da defesa do consumidor seria bastante limitado em relação à concorrência.

Na verdade, José Reinaldo de Lima Lopes nota que um problema que certamente se enfrentaria seria a paradoxal proximidade existente entre a defesa do consumidor e da concorrência. Afirma ser o SNDC o “primo pobre” do direito econômico, o que expressa a disparidade de investimentos estatais e da preocupação social com cada campo. Uma mudança no tratamento dos direitos do consumidor iria requerer mudanças mais profundas e reflexos no orçamento.⁶³¹

O projeto de lei não foi aprovado e a criação da Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência não saiu do papel. Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim informa que a quantidade de críticas decorrentes da consulta pública realizada acerca da criação da Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência fez com que os dois temas fossem separados, ficando cada um com proposta de Agência Reguladora independente. Na prática, apenas a Agência de defesa da concorrência continuou sendo discutida por algum tempo. Ao cabo, ambas foram esquecidas.⁶³²

A modificação do cenário da defesa do consumidor nas Agências Reguladoras requer também alterações legislativas. Um marco regulatório mais moderno aumenta a possibilidade de que as mudanças esperadas pelo consumidor sejam efetivadas. Esse marco já foi proposto há algum tempo e tramita no Congresso: os Projetos de Lei n. 2.057/03 e n. 3.337/04. O primeiro traz em seu bojo uma nova Política Pública com base na qual se desenharia a nova forma de atuação do sistema. Destacam-se as seguintes diretrizes dessa política proposta: o incentivo ao fortalecimento do controle social e aos meios de se viabilizá-lo, com ênfase na introdução de novas formas de participação social que favoreçam os consumidores; o papel que é atribuído ao Estado na busca pela harmonização das relações de consumo; a tentativa de

⁶³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁶³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

⁶³² RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005, p. 126-127.

conciliação dos princípios constitucionais da ordem econômica da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor com os interesses públicos.

O Projeto de Lei n. 3.337/04 ficou conhecido como lei geral das Agências Reguladoras, porque, se aprovado, será responsável por prever como deverá se dar a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. O Projeto de Lei também acresce e altera dispositivos das leis que regulamentam as Agências Reguladoras, tais como a Lei n. 9.472/97, que institui e regulamenta a ANATEL; a Lei n. 9.478/97, que institui e regulamenta a ANP; a Lei n. 9.782/99, a ANVISA; a Lei 9.961/00, a ANS; a Lei 9.984/00, a ANA; a Lei n. 9.986/00, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das Agências Reguladoras; a Lei n. 10.233/01, que cria e regulamenta a ANTT e a ANTAQ; e a Medida Provisória 2.228-1, de 06/09/2001, que cria a ANCINE.

O relatório enviado pelo ministro chefe da Casa Civil ao Presidente da República acerca do projeto explica que o projeto de lei buscou priorizar assuntos como autonomia em relação aos ministérios, eficácia na defesa dos interesses dos consumidores e no cumprimento de suas competências legais, formação de pessoal qualificado, melhoria no mecanismo de prestação de contas ao Congresso Nacional, dentre outras.⁶³³

No que se refere ao consumidor, a preocupação expressa na proposta teve pouca repercussão prática no Projeto de Lei - PL. O que previu foi a criação de ouvidoria nas Agências Reguladoras que ainda não a possuem, como ANP, ANEEL e ANA⁶³⁴, e dos respectivos cargos para seu funcionamento, atribuindo ao ouvidor a competência de zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladoras e ainda acompanhar o processo de apuração das denúncias e reclamações dos usuários contra a atuação dela ou dos entes regulados.⁶³⁵

⁶³³ Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em: 01 dez. 2011.

⁶³⁴ Art. 30. Fica criado, na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na Agência Nacional do Petróleo – ANP, e na Agência Nacional de Águas - ANA, o cargo de Ouvidor.

⁶³⁵ Art. 13. Haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções.

Art. 14. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela Agência Reguladora e acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos usuários, seja contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, apreciações sobre a atuação da Agência Reguladora, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular do

Um aspecto interessante do projeto é que no artigo 2º há lista expressa das nove Agências Reguladoras existentes. Não deixando margem para discussão sobre se algumas dessas entidades são ou não Agências Reguladoras.⁶³⁶

Outro ponto que merece menção é a disposição acerca das consultas públicas. O PL abre para consulta pública decisões ou atos normativos que sejam de interesse de qualquer dos setores de influências: agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços regulados. Nesse caso, aparentemente, considerou consumidores e usuários como um só grupo.⁶³⁷ No âmbito da consulta pública, o PL também admite que associações civis de defesa do consumidor, desde que funcionem conforme os requisitos estabelecidos por lei, indiquem até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta, com o fim de acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados. Cabe, nesse caso, as despesas às Agências Reguladoras.⁶³⁸

Ainda no que se refere à consulta pública, o PL determinou em seu artigo 5º, §2º que as Agências Reguladoras disponibilizem no seu sítio da Internet o material que será apresentado para consulta pública com quinze dias de antecedência, o que privilegia a todos, inclusive ao consumidor, ao permitir que se analise e discuta antecipadamente o assunto a ser tratado.⁶³⁹ Igualmente, determinou a publicação no sítio da Agência Reguladora do resultado de toda consulta, audiência ou qualquer meio de participação público, determinando,

Ministério a que estiver vinculada, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e fazendo publicá-las para conhecimento geral.

⁶³⁶ Art. 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os fins desta Lei, bem como para os fins da Lei no 9.986, de 2000:

I - a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; II - a Agência Nacional do Petróleo - ANP; III - a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL; IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; VI - a Agência Nacional de Águas - ANA; VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ; VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; e IX - a Agência Nacional do Cinema - ANCINE.

⁶³⁷ Essa interpretação foi realizada utilizando o método gramatical. Observou-se que além da conjunção alternativa “ou”, após cada elemento foi utilizado a preposição “de” (dos agentes econômicos, de consumidores), exceto para usuário (ou usuários), o que dá a entender que trata-se de uma alternativa ao termo “consumidores”, não de mais um elemento que também teria interesse geral.

⁶³⁸ Art. 4º, § 4º É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 25, inciso II, e 26 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁶³⁹ Art. 5º, § 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, em local especificado e em seu sítio na Internet, em até quinze dias antes de seu início, os estudos, dados e material técnico que foram utilizados como embasamento para as propostas colocadas em audiência pública.

inclusive, direito de resposta aos participantes das consultas públicas a ser exercido pela Agência Reguladora.⁶⁴⁰

Por fim, ponto que interessa muito aos consumidores, o PL autoriza que as Agências Reguladoras estabeleçam outros meios de participação direta dos interessados nas decisões. O que abre novas portas para os consumidores e seus representantes (associações e organizações legalmente instituídas) atuarem junto às Agências Reguladoras.⁶⁴¹ A proposta do Projeto de Lei n. 3.337 pretende que esse representante tenha poder de veto, o que daria maior força aos consumidores junto às Agências Reguladoras. Provavelmente, seria a voz destoante que, no meio dos fornecedores e representantes do Estado, permitiria que fossem aprovadas apenas as condutas que interessassem ao consumidor.⁶⁴²

A par de ser princípio previsto no CDC relacionado com o desenvolvimento e a execução de políticas em prol das relações de consumo, o incentivo à criação, manutenção e crescimento das associações de consumidores em defesa de seus direitos é também meta operacional do sistema. Esses grupos de defesa dos consumidores são imprescindíveis como forma de organização e fortalecimento dos consumidores. No âmbito das Agências Reguladoras, a atuação dessas organizações deve ser voltada para a fiscalização, o controle e até para o fornecimento de informações importantes e complementares para o trabalho do próprio ente regulatório.⁶⁴³

O Projeto de Lei n. 3.337/04 ainda tramita no Congresso Nacional. O aparato legislativo em vigor atualmente no âmbito do Direito do Consumidor ainda apresenta aspectos de fraqueza em vários aspectos em razão da falta de instituições fortes, como essas autarquias especiais, e de organizações dos próprios consumidores para atuar em sua defesa. Destaque-se, nesse sentido, a falta de políticas sociais preocupadas com a participação do consumidor

⁶⁴⁰ Art. 7º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados nas decisões a que se referem os arts. 4º e 5º deverão ser disponibilizados em local especificado e no sítio da Agência Reguladora na Internet, com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

⁶⁴¹ Art. 6º As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

⁶⁴² Projeto de Lei. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>>. Acesso em: 06 jun. 2012. Art. 4º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.

⁶⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.137.

nas escolhas das Agências Reguladoras. A ideia de participação social está atrelada à formação de um sistema forte que viria a consolidar a defesa do consumidor.

2.2.2. *A participação social*

Segundo José Maria Othon Sidou não foi o surgimento da sociedade de consumo que criou a necessidade de uma proteção legal ao consumidor, mas sim o próprio consumidor sentindo-se prejudicado nas suas relações pela rápida expansão do comércio e pela pouca preocupação estatal com suas necessidades. O consumidor começou a exigir do Estado a edição de normas que tutelassem seus direitos de forma a protegê-los considerando as peculiaridades de sua situação vulnerável.⁶⁴⁴ Constata-se, portanto, a imprescindibilidade da participação do consumidor para que seus direitos se estabeleçam. As leis e as estruturas trazidas por elas não são suficientes para proteger o consumidor se ele mesmo não atuar nesse sentido, acrescenta o autor citado. O consumidor precisa se conscientizar e agir em prol dessa tutela.⁶⁴⁵

Os caminhos existentes para que o usuário participe mais ativamente nas Agências Reguladoras não foram suficientes nem eficientes para garantir a defesa dos seus interesses, constata André Luiz Lopes dos Santos. A participação na elaboração normativa, nas decisões e na atuação deveria implicar em melhorias para o usuário e atenção a suas demandas. É o que se pode observar empiricamente quanto à participação dos consumidores nas Agências Reguladoras, especialmente no que se refere à falta de preparo técnico para tal representação e na enorme desigualdade entre eles e os fornecedores, o que os põem, de novo, no papel de vulneráveis.⁶⁴⁶

O papel dos movimentos dos consumidores no desenvolvimento do Direito do Consumidor e na promoção da sua defesa foi tema que veio permeando todo o trabalho. O

⁶⁴⁴ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3.

⁶⁴⁵ OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 6 e 79.

⁶⁴⁶ “Em síntese, o que aqui se afirma é que, segundo nossa percepção, os canais de acesso abertos à população, no espectro de atuação das Agências Reguladoras, não se têm prestado a representar, com um mínimo desejável de eficácia, mecanismos de inserção útil dos anseios e interesses dos usuários dos serviços públicos, nos processos decisórios ali empreendidos, redundando os mesmos, não raro, em graves e reiterados prejuízos aos direitos consumeristas entre nós consagrados.” SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 140, 142 e 150.

consumidor que, por um lado, é frágil e precisa da proteção do Estado, de outro, pode ser responsável pela própria defesa e obter respostas melhores que o próprio ente público.

Os consumidores não devem esperar que o Estado faça todo o trabalho de proteção e garantia de seus direitos, eles mesmos precisam assumir papel ativo nessa defesa a partir da formação de associações, defende Adalberto Pasqualotto. A organização em grupo dá legitimidade formal para a propositura de ações e ainda propicia canal de interlocução direto entre os consumidores e o Estado.⁶⁴⁷

Cabe, portanto, também falar da necessidade de estímulo aos movimentos consumeristas, que poderiam obter excelentes resultados junto ao Estado e às Agências Reguladoras na defesa dos seus interesses. A força desses movimentos não pode ser subestimada.⁶⁴⁸ Destaque precisa ser dado para maior participação dos consumidores nas decisões das Agências Reguladoras. A ativa participação dos consumidores nesses entes reguladores propicia mais espaços de discussão entre os diversos atores envolvidos e afetados pela implementação dos direitos consumeristas.

Observa-se, no entanto, que esses mecanismos isoladamente não têm o condão de assegurar que a participação do cidadão no papel de consumidor seja efetiva e tenha impactos significativos nas atividades regulatórias das Agências Reguladoras. O papel do consumidor como peça fundamental da atuação do sistema regulatório não pode ser reduzido ao nível de simples legitimação, é imprescindível que atue de forma ativa e consciente. A ideia de sistema precisa reforçar a participação da sociedade nas tomadas de decisão.

Pode-se falar em diferentes razões para consumir, que não meramente a utilidade do bem, que refletem interesses sociais relacionados ao bem.⁶⁴⁹ As consequências sociais do comportamento do consumidor são percebidas, por exemplo, no consumo decorrente da vontade de pertencer. Uma das principais formas de buscar inserção na sociedade moderna é por meio da aquisição de bens. A necessidade que todos têm de fazer parte de um grupo move as pessoas. O consumo cria uma ilusão de pertencimento, por isso, a fim de fazer parte ou,

⁶⁴⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012, p. 47.

⁶⁴⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74-79.

⁶⁴⁹ Ressalte-se que a proposta aqui não é aprofundar na análise da produção de sentido decorrente do comportamento do consumidor, mas sim, abordar esse tema e, a partir dessa constatação, repensar o papel dos consumidores na defesa de seus próprios direitos junto às Agências Reguladoras e como eles podem reagir se associando e podendo assegurar mais interesses.

pelo menos, se sentir parte de um grupo privilegiado, muitas pessoas se endividam e compram.

Nos dias de hoje, com a globalização do mercado e o fácil acesso a produtos de diversas nacionalidades, é mais comum encontrarmos semelhanças entre os sentidos do consumo socialmente construídos. Pierre Bourdieu se preocupou com a influência da educação e da cultura na formação do gosto e das escolhas do indivíduo. O que observou é que a aquisição de um produto refletia representações sociais e que a análise do comportamento do consumidor e das suas escolhas levavam a uma percepção além do mero gosto ou interesse, possibilita traçar um perfil social do indivíduo. Comprar determinado produto ou serviço denota não apenas o gosto, mas também o seu poder aquisitivo, o grupo a que se pertence, sua educação, seus valores.⁶⁵⁰

As escolhas não são feitas meramente com base em critérios objetivos e racionais de análise de qualidade e quantidade, a influência do meio é decisiva na determinação de preferências. A escolha de um determinado produto também é relacionada com a sua cultura. O saber local de cada cultura tem influência direta nessas escolhas.⁶⁵¹ Cada sentido surge de escolhas culturais. A escolha de um produto ou outro, mais do que refletir características preferidas do consumidor, também reflete suas escolhas sociais e culturais. O bem adquirido não caracteriza somente uma compra, mas também o engajamento em determinada crença ou ideologia sobre aquele produto e o que ele representa. O reflexo disso se observa pelas oscilações de mercado em decorrência da inserção de um novo produto no mercado, o que servirá de apoio para postular sua aceitação pela sociedade e por quais partes dessa coletividade isso se dará.

Na mesma linha de pensamento, a educação e informação do consumidor também são elementos essenciais para que ocorram mudanças no modelo de defesa do consumidor por completo. Como defende Luiz Amaral, se considerar que o consumo é essencial no cotidiano das pessoas no mundo de hoje, e sendo essas pessoas o fim último de todo ciclo econômico, não há como negar ser o mais justo conferir-lhe força ativa no âmbito destas relações e consciência da sua importância não só como consumidor e “remunerador”, mas também como “regulador”.⁶⁵²

⁶⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

⁶⁵¹ Referência à obra: GEERTZ, Clifford. *Saber local*. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁶⁵² AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 75.

No âmbito administrativo, isso não é diferente. O Estado tem papel central na defesa do consumidor, com o auxílio das Agências Reguladoras isso tende a se fortificar, mas é a mão e a voz do consumidor junto ao Estado e às Agências Reguladoras que dão essa força e o caráter protetivo que quer ter. É imprescindível que o consumidor supere as influências sociais e consiga não comprar impulsivamente. É imprescindível que ele saiba o papel que tem na sociedade e na economia e assuma sua importância. Por isso, Luiz Amaral caracteriza como dever de todo cidadão consumidor se organizar seja autonomamente, seja em grupos ou associações para exigir respeito a seus direitos, para participar mais ativamente na fiscalização e no controle daqueles que dispõem dos meios para sua aplicação.⁶⁵³

Se unidos – em associações atuantes junto às Agências Reguladoras, por exemplo⁶⁵⁴ –, conscientes e organizados pelos mecanismos adequados, oficiais ou não, o papel do Estado pode ser reduzido e o tamanho do mecanismo fiscalizatório se restringir ao estritamente necessário, como afirma Luiz Amaral. O aparato estatal é sempre menos eficaz que a fiscalização realizada pelos próprios interessados. Seria um erro esperar apenas do governo atuação em prol dos direitos que lhes são assegurados, cabe também ao consumidor agir nesse sentido e garantir a tutela que lhes é de direito.⁶⁵⁵

Uma maior participação do consumidor e de seus representantes junto às Audiências Públicas é mudança indispensável se realmente se espera que as Agências Reguladoras atuem em defesa do consumidor. Já existem meios dos consumidores atuarem nessas reuniões, entretanto há também limitações de poder que restringem a força da atuação do consumidor.

André Luiz Lopes dos Santos observa que os caminhos existentes para haja participação mais ativa nas Agências Reguladoras não foram suficientes nem eficientes para garantir a defesa dos interesses dos sujeitos de direito, em especial dos consumidores. A participação na elaboração normativa, nas decisões e na atuação deveria implicar em melhorias e atenção às demandas sociais. É o que se pode observar empiricamente quanto à

⁶⁵³ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 74-75.

⁶⁵⁴ Art. 4º, § 4º É assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto nos arts. 25, inciso II, e 26 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁶⁵⁵ AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993, p. 74-75.

participação dos consumidores nas Agências Reguladoras, especialmente no que se refere à falta de preparo técnico para tal representação e na enorme desigualdade entre eles e os fornecedores, o que os põem, de novo, no papel de vulneráveis.⁶⁵⁶

Destaca-se também a falta de organização de políticas sociais na defesa do consumidor em sede das Agências Reguladoras. Poucas mudanças concretas com reflexos significativos para os consumidores podem ser atribuídas a intervenções dessas autarquias. Nota-se também que elas, em sua maioria, não se preocupam com a participação dos consumidores e raramente propiciam a democratização de suas decisões por meio do envolvimento de consumidores nesse processo. A ideia de participação social somente foi implementada por algumas Agências Reguladoras, como já tratado no decorrer do trabalho.

A atuação em conjunto de uma Agência Reguladora com a Senacon já é uma realidade em alguns setores de serviços regulados. As Agências Reguladoras têm preocupações especialmente voltadas para o mercado, a universalização e os aspectos tributários. Não parece suficiente o quanto elas se preocupam e atuam nesse sentido, já que os setores por elas regulados estão em situação crítica no que se refere à defesa do consumidor. As pautas qualidade e segurança na prestação dos serviços devem ser constantes na agenda de cada Agência Reguladora.⁶⁵⁷

Um exemplo de como essa participação tem acontecido foi a intervenção da Senacon na audiência pública sobre a possibilidade de distribuição de energia pré-paga. A secretaria fez algumas ressalvas, conforme relatou em seu sítio, quanto ao fornecimento do serviço nessas condições de pagamento.⁶⁵⁸

As principais formas propostas para efetivar esses objetivos são por meio da elaboração de uma agenda regulatória, que teria a finalidade de estimular a transparência na regulação e a participação popular na estipulação de prioridades; pela realização de consultas

⁶⁵⁶ “Em síntese, o que aqui se afirma é que, segundo nossa percepção, os canais de acesso abertos à população, no espectro de atuação das Agências Reguladoras, *não* se têm prestado a representar, com um mínimo desejável de eficácia, mecanismos de inserção útil dos anseios e interesses dos usuários dos serviços públicos, nos processos decisórios ali empreendidos, redundando os mesmos, não raro, em graves e reiterados prejuízos aos direitos consumeristas entre nós consagrados.” SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 140, 142 e 150.

⁶⁵⁷ 72ª Reunião do SNDC. Natal – RN. 21 e 22 de maio de 2012.

⁶⁵⁸ SENACON. Notícias. Senacon avalia proposta de regulamentação de energia pré-paga. Publicada em: 04.09.2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B08DEBD27-66DA-4035-BE88-27126C102E22%7D&Team=¶ms=itemID=%7B5F5AE92E-593D-4677-A4FA-50EDB729A301%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D>> Acesso em: 23 dez. 2012.

públicas, que dariam maior abertura para sugestões; por meio de consultas preparatórias, que abririam mais oportunidades de manifestação dos interessados, em especial consumidores e respectivas associações, com suas propostas sendo inseridas na pauta das consultas públicas; por meio de um fundo de fomento à participação social que visaria levantar recursos que viabilizariam a maior participação por parte dos consumidores; pelo aumento no número de reuniões e sessões deliberativas abertas e promoveria, concomitantemente, a participação dos grupos interessados nessas sessões; pela publicação do inteiro teor de projetos de normas regulamentares, com fim de propiciar discussões prévias que legitimariam as propostas normativas; pela atuação das organizações de consumidores junto às Agências Reguladoras para a fiscalização, o controle e até para o fornecimento de informações importantes e complementares para o trabalho do próprio ente regulatório.⁶⁵⁹

Para se viabilizar uma mudança real, é também imprescindível que se verifique uma renovação estrutural. Nesse sentido, uma nova política a ser proposta pelo sistema deveria incentivar o aumento no número de reuniões e sessões deliberativas abertas e promover, concomitantemente, a participação dos grupos interessados nessas sessões. Ademais, seria estimulada como atitude coerente com esse formato, a publicação do inteiro teor de projetos de normas regulamentares, com fim de propiciar discussões prévias que legitimariam as propostas normativas.⁶⁶⁰

A par de ser princípio previsto no CDC relacionado com o desenvolvimento e a execução de políticas em prol das relações de consumo, o incentivo à criação, manutenção e crescimento das associações de consumidores em defesa de seus direitos é também meta operacional do sistema em questão. Esses grupos de defesa dos consumidores são imprescindíveis como forma de organização e fortalecimento dos consumidores. No âmbito das Agências Reguladoras, a atuação dessas organizações é voltada para a fiscalização, o controle e até para o fornecimento de informações importantes e complementares para o trabalho da própria entidade regulatória.⁶⁶¹

O incentivo a essas ações governamentais orientadas pelos princípios previstos tanto na Constituição Federal e na legislação consumerista em vigor quanto nas mudanças

⁶⁵⁹ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor*. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília, março de 2010, p. 48-49.

⁶⁶⁰ PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *Políticas Públicas e Agências Reguladoras*. Disponível em: <<http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/20-13.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011, p. 227-228.

⁶⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.137.

legislativas que foram propostas, proporcionariam aos consumidores, atores envolvidos ativa ou passivamente, a fruição de direitos a eles concedidos que há muito lhes são negados.⁶⁶²

Essa constatação leva à conclusão de que a defesa dos consumidores por meio da instalação de um sistema, como foi proposto, requer também algum investimento no conhecimento e no preparo dos próprios consumidores a fim de que possam oferecer contribuições válidas e também para que tenham melhor compreensão dos interesses que devem pleitear e de como fazê-lo.⁶⁶³ O incentivo a essas ações governamentais orientadas pelos princípios previstos tanto na Constituição Federal e na legislação de defesa do consumidor em vigor quanto nas mudanças legislativas que foram propostas, proporcionariam aos consumidores, sujeitos de direito envolvidos ativa ou passivamente, a fruição de direitos a eles concedidos que há muito lhes são negados.⁶⁶⁴

A instauração desse modelo pode se dar por meio de uma Política Pública ou meramente por vontade política dos dirigentes das Agências Reguladoras, que viria para dar aplicação concreta ao CDC. Essa política trabalha com um novo paradigma por meio da sistematização de órgãos e entidades públicos – tanto os órgãos federais quanto os estaduais e municipais atuariam em conjunto – e associações privadas de modo que contribuíssem ativamente para a implementação do Direito do Consumidor. Ainda é marcada pela busca não só pela maior participação popular, mas também por uma gestão mais democrática das Agências Reguladoras, permitindo que o consumidor se manifestasse, seja defendendo seus interesses, seja se opondo às decisões tomadas. Por meio dessas mudanças, haveria um reforço à ideia de institucionalidade articulada com a noção de sistema, que insere a participação social como meio de dar à política o aspecto de defesa do consumidor e ainda de propiciar o diálogo em todas as esferas.

⁶⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁶⁶³ SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 149-150.

⁶⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. Vide também: Ver trecho: “Controle social das agências reguladoras e participação dos consumidores na regulação dos serviços públicos” do artigo: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*. p. 248-251.

CONCLUSÃO

As mudanças que se propõe que sejam introduzidas visando a consolidação e a maior efetividade do SNDC são baseadas no estabelecimento das Agências Reguladoras como instituições que reforçariam o aporte estrutural do sistema. O fortalecimento institucional do SNDC pode ser realizado por meio de mais investimento na capacitação de entidades e órgãos que fazem parte do SNDC e também nas relações desses órgãos com entidades externas de modo a aprimorar sua atuação. Dentre esses últimos, o diálogo com as Agências Reguladoras parece ser imprescindível para uma maior efetividade do SNDC, especialmente no que concerne os serviços regulados.

A defesa do consumidor pelas Agências Reguladoras pode ser vista como corolário de suas características mais essenciais. Autarquias especiais e parte da Administração Indireta, as Agências Reguladoras não podem escapar às limitações legais e constitucionais ao Estado. As Agências Reguladoras têm o dever de cumprir os direitos fundamentais vinculando-os às prestações de serviço público por elas fiscalizadas e regulamentadas. Também como parte do Estado, as Agências Reguladoras se submetem ao disposto no artigo 4º, II do CDC. Ao exercer a função regulatória no mercado, influenciando na economia, é também imputado a tais entidades o respeito aos princípios da ordem econômica previstos na Constituição Federal.

É também imprescindível o aprimoramento dos marcos regulatórios das Agências Reguladoras e da sua relação com o CDC, de forma que o sistema criado seja mais coerente e forte no âmbito legislativo. A aprovação dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional ou a criação da Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência já seria um grande avanço. No que tange aos consumidores, a principal garantia legal a ser buscada seria maior participação social nos atos das Agências Reguladoras. A abertura das portas das Agências Reguladoras aos consumidores visaria fortalecer os laços entre ambos.

Também merece destaque a participação social dos consumidores e usuários, ou de seus representantes, nas decisões das Agências Reguladoras. A legitimidade derivada da organização dos próprios consumidores em apoio às políticas de defesa de seus direitos realizadas pelas Agências Reguladoras tem o condão de fortalecer e dar maior aplicabilidade à atuação dessas entidades.

Aliada à movimentação dos consumidores, há que se ter também vontade política para inserir na agenda do governo as mudanças necessárias, fomentá-las e ainda conseguir que permaneçam, a despeito da provável resistência dos entes privados atuantes no mercado. A ideia de uma finalidade comum, que seria a concretização das normas consumeristas e a ampla tutela dos consumidores, deve nortear a atuação conjunta das Agências Reguladoras e do SNDC. Com isso, ganham todos: os consumidores, que passam a exercer papel de destaque, com mais oportunidades de desempenhar função decisiva no processo regulatório; as Agências Reguladoras, que cumprem seus deveres constitucionalmente instituídos; e o SNDC, que se fortalece e ganha novos meios de garantir sua efetividade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

AMARAL, Luiz. O Código, a política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 69-75, Abr./Jun. 1993.

ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (org). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: A participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 365, p. 85-105, jan./Fev. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do CDC*. São Paulo: RT, 2009.
BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. v. 2. Brasília: UnB, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. Tradução: Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Ainda o conceito de Consumidor: breves considerações a partir de dois julgados do Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMPOS, German J. Bidart. *El orden socioeconómico en la constitucion*. Buenos Aires: Ediar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del Diritto Amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Sevilha-Córdoba, p. 901-912, 2004.

CASTELO BRANCO, Rodrigo. *A crise de 2008 e a intervenção do Estado na economia*. Disponível em: <<http://www.socialismo.org.br/portal/questoes-ideologicas/83-artigo/638-a-crise-de-2008-e-a-intervencao-do-estado-na-economia>> Acesso em: 30 jul. 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Princípios da ordem econômica e financeira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul. 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. *Exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor*. Seção II, quarta-feira 3, página 1663, Maio de 1989.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 4. v. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

DPDC. Boletim SINDEC 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005.

EFING, Antônio Carlos (org.). *Agências Reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 35, Dez. 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Luiz. A regulação do setor elétrico. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional das Relações de Consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos Direitos do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIRARDI, Cláudio. Regulação da Energia Elétrica – Uma visão prática. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

IDEC. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

IDEC. *Pesquisa Agências Reguladoras e a tutela do consumidor*. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília, mar. 2010.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS I*, n. 1, p. 85-98, mar. 2003.

JOBERT, Bruno. *Une approche dialectique des politiques publiques: l'héritage de L'État en action*. Disponível em: <<http://www.persee.fr>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KARAM, Fabiana Silveira. *As Agências Reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. (dissertação de mestrado). PUC/PR. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/posgraduacao/direito/tesesdissertacoes.php>>. Acesso em: 07 set. 2012.

L'HEUREUX, Nicole; LACOURSIÈRE, Marc. *Droit de la Consommation*. 6. ed. Québec: Thomson Reuters, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do Consumidor e Privatização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, Abr. 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 41, p. 140, jan. 2002

LOPES, José Reinaldo de Lima. Quem defenderá o consumidor na nova agência. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. B2, 31 jan. 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Disponível em: <<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/la-sociedad-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2012.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010,

MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos

bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 17, n. 68, p. 323-369, out./dez. 2008.

MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; DELALOYE, María Laura. La regulación de los contratos internacionales de consumo en América. In: *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 21, v. 84, p. 227-245, out./dez. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Plínio Lacerda. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e a interpretação jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MATIAS PEREIRA, José. *Políticas Públicas de defesa do consumidor e da Concorrência: uma avaliação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32695-401961PB.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2011.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Dissertação de mestrado (PUC/SP). Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15.ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEMÓRIA, Antônio Ricardo Brígido Nunes. Reflexões sobre o binômio proteção/defesa na Lei nº 8.078/90. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 68, p. 28-37, out./dez. 2008.

MENDES, Daniel. *O Direito do Consumidor fará a economia crescer solidamente*. Disponível em: <www.brasilcon.org.br>. Acesso em: 09 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Mercado, Direito e Sociedade de Informação: Desafios atuais do Direito do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MURATORIO, Jorge I. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: CASSAGNE, Juan Carlos (dir.) y otros. *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 44, p. 97-105, out./dez. 2002.

OTHON SIDOU, José Maria. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf >. Acesso em: 01 dez. 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o "consumidor intermediário". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 74, p. 7-42, abr./jun. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 130, jan. 1992.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *Políticas Públicas e Agências Reguladoras*. Disponível em: <<http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/20-13.pdf>>. Acesso em 06 set. 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 65, p. 226-252, jan./mar. 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 36, p. 164, out./dez. 2000.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. 305 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. [Dissertação de mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2002. 102 p. Disponível em: <http://portaldeseres.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00009805&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 10 out. 2011.

PUBLIC PAPERS. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Disponível em: <http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html>. Acesso em: 09 ago. 2011.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005.

RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor: Regulamentação Estatal*. São Paulo: RT, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTANA, Héctor Valverde. *A constituição federal e a defesa do consumidor*.: Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, Brasília, v. 7, p. 33-42, 2002.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. A regulação econômica e os direitos dos consumidores no Brasil. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. A defesa do usuário (consumidor) do serviço público. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCOTON, Luís Eduardo Brito. *Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/search/titles>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SENACON. Boletim SINDEC 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, Rejane Esther. *A administração pública democrática no Brasil*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/administracao-publica-democratica-no-brasil/14358/#ixzz14918Ak2W>>. Acesso em: 07 mar. 2011.

WIECHER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1977.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron, 1994.

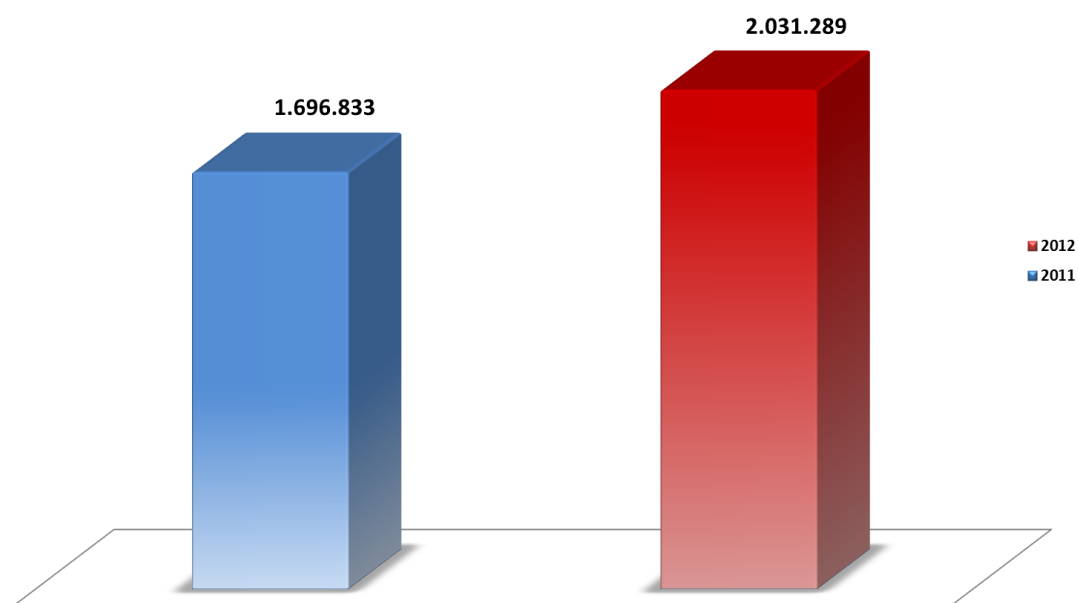
ANEXO A

Assuntos mais demandados de 2012

Posição	Assunto	Total	%
1º	Telefonia Celular	172.119	9,17%
2º	Banco comercial	169.427	9,02%
3º	Cartão de Crédito	154.501	8,23%
4º	Telefonia Fixa	125.403	6,68%
5º	Financeira	97.032	5,17%
6º	Aparelho Celular	78.997	4,21%
7º	TV por Assinatura	69.705	3,71%
8º	Móveis	63.667	3,39%
9º	Energia Elétrica	54.429	2,90%
10º	Eletrodomésticos Linha Branca	48.256	2,57%
11º	Microcomputador / Produtos de Informática	48.071	2,56%
12º	Internet (Serviços)	40.526	2,16%
13º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	32.654	1,74%
14º	Água / Esgoto	32.452	1,73%
15º	Cartão de Loja	25.526	1,36%
16º	Plano de Saúde	25.437	1,35%
17º	Escola (Pré, 1º, 2º Graus e Superior)	23.174	1,23%
18º	Cursos Livres Outros	16.493	0,88%
19º	Estabelecimento comercial	15.950	0,85%
20º	Incorporação (Construtoras e Incorporadoras)	14.650	0,78%
Demais Assuntos		569.497	30,33%
Total²		1.877.966	100,00%

Tabela⁶⁶⁵

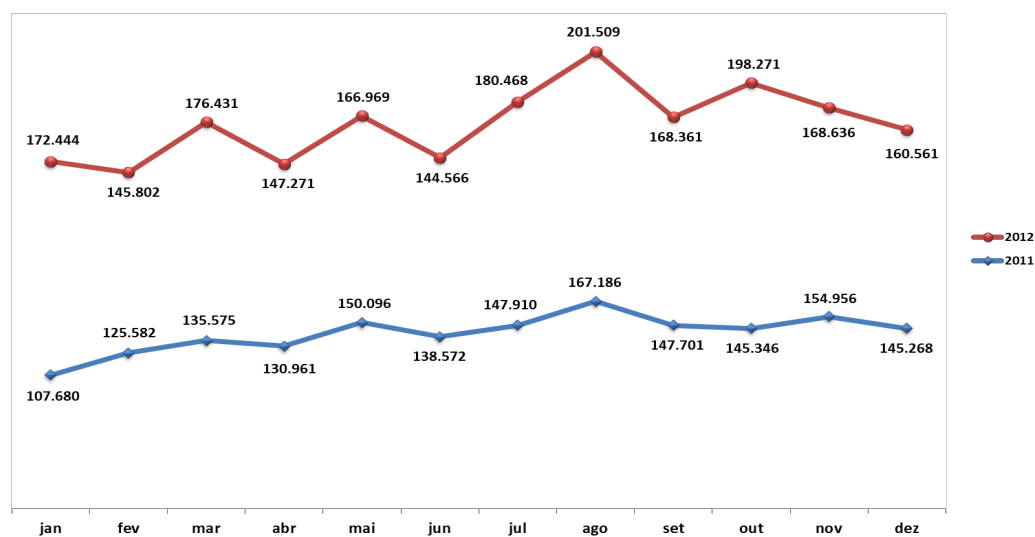
⁶⁶⁵ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

ANEXO B**QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS – 2011 E 2012****Tabela⁶⁶⁶**

⁶⁶⁶ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

ANEXO C

DETALHAMENTO MENSAL



Tabela⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

ANEXO D

Assuntos mais demandados de 2011

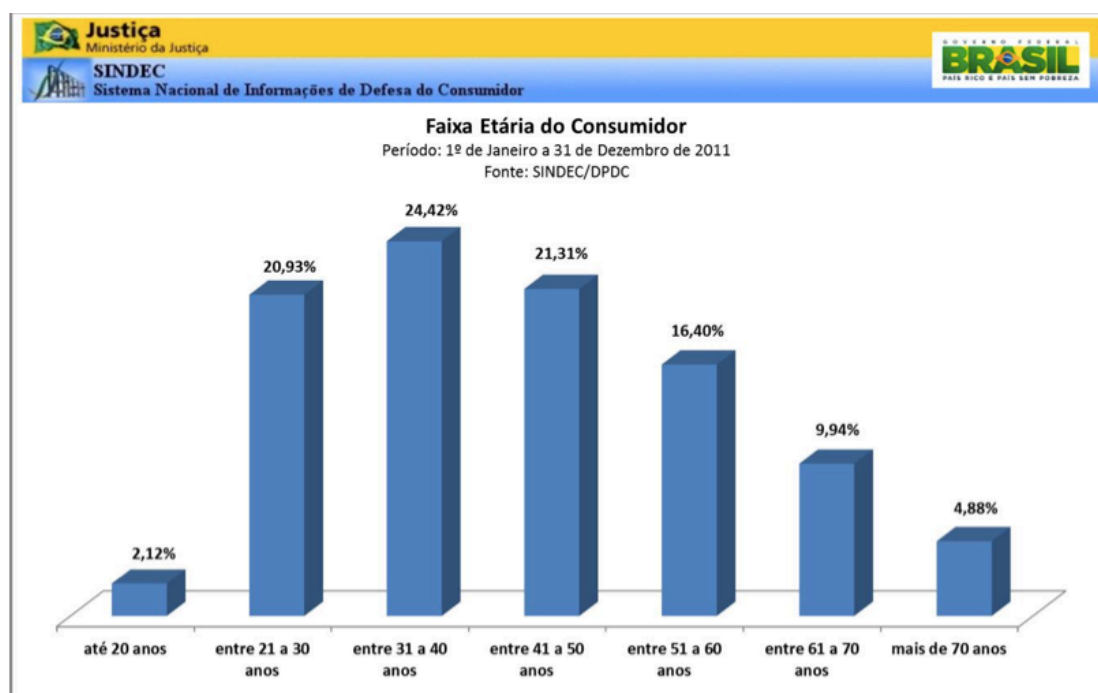
Posição	Assunto	Total	%
1º	Cartão de Crédito	141.672	9,21%
2º	Telefonia Celular	122.952	7,99%
3º	Banco comercial	111.648	7,26%
4º	Telefonia Fixa	85.606	5,56%
5º	Aparelho Celular	83.649	5,44%
6º	Financeira	58.445	3,80%
7º	Móveis	58.199	3,78%
8º	Energia Elétrica	50.738	3,30%
9º	Eletrodomésticos Linha Branca	49.651	3,23%
10º	Microcomputador / Produtos de Informática	47.931	3,12%
11º	TV por Assinatura	32.276	2,10%
12º	Televisão / Aparelho DVD / Filmadora	31.837	2,07%
13º	Água / Esgoto	30.016	1,95%
14º	Internet (Serviços)	27.826	1,81%
15º	Cartão de Loja	24.663	1,60%
16º	Plano de Saúde	19.287	1,25%
17º	Escola (Pré, 1º, 2º Graus e Superior)	17.290	1,12%
18º	Vestuário (Calçado / Roupas)	12.520	0,81%
19º	Cursos Livres Outros	12.207	0,79%
20º	Estabelecimento / Loja - Compra a Prazo	12.020	0,78%
Demais Assuntos		508.050	33,02%
Total¹		1.538.483	100,00%

Tabela⁶⁶⁸

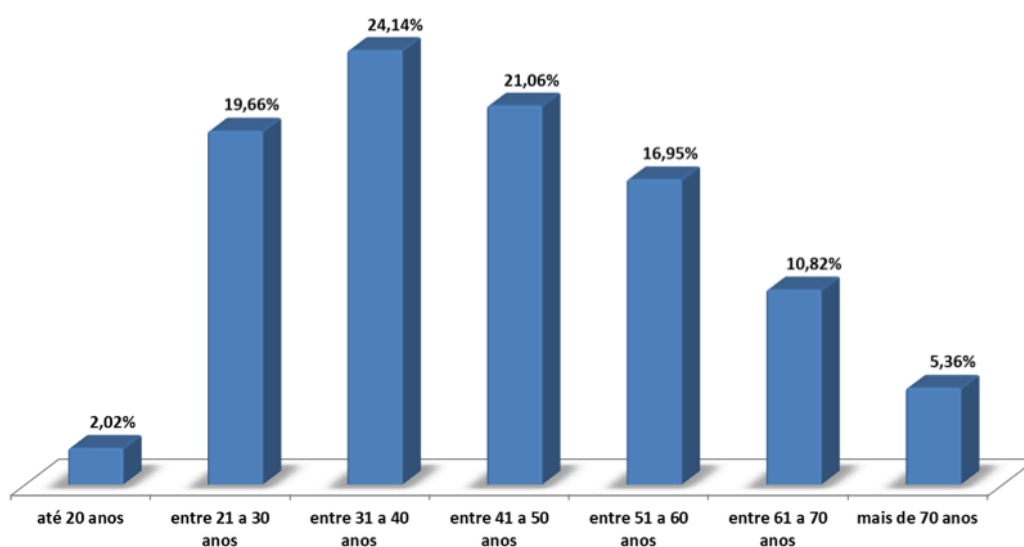
⁶⁶⁸ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013

ANEXO E

Perfil do Consumidor em 2011

Tabela ⁶⁶⁹

⁶⁶⁹ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013

ANEXO F**Perfil do Consumidor em 2012****FAIXA ETÁRIA****Tabela**⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ SENACON. Boletim Sindec 2012. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2013